(1968) SOC. TIP. «MULTA PAUCIS» - 21100 VARESE - VIA G. GOZZI, 29

Capitolo I

CONCETTO DI ACQUISTO «A NON DOMINO»

1. L'espressione «acquisto a non domino» non designa una categoria giuridica unitaria, ma soltanto l'elemento comune di una serie di fattispecie eterogenee, ciascuna delle quali è soggetta a una propria peculiare disciplina giuridica, benché tutte siano coordinate alla soluzione di un medesimo problema pratico: la tutela dei terzi acquirenti di buona fede, e quindi dell'interesse collettivo alla sicurezza della circolazione giuridica dei beni. L'elemento comune è costituito da un atto (normalmente negozio) di disposizione (1) avente per oggetto un diritto spettante a un soggetto diverso dall'alienante oppure un diritto che in realtà non esiste.

In tal modo, però, il campo dell'indagine è solo approssimativamente definito. Il concetto di acquisto a non domino, e quindi il criterio di identificazione delle corrispondenti fattispecie, abbisognano di ulteriori precisazioni.

(1) Il termine «atto di disposizione» è adoperato qui in senso ampio e non tecnico, comprensivo di qualunque atto (negozio o provvedimento) destinato a produrre, immediatamente o mediatamente, il trasferimento di un diritto (patrimoniale) ovvero la costituzione di un diritto in funzione di limite di quello che forma oggetto di disposizione (c.d. alienazione costitutiva). Sul concetto di atto di disposizione in senso stretto e tecnico cfr. MENGONI-REALMONTE, *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, 189 ss.

La qualifica di «non dominus» non concerne un soggetto in sé, ma in quanto parte di un rapporto (normalmente negoziale) di alienazione avente per oggetto un diritto non spettante all'alienante. Si tratta di un concetto appartenente alla dinamica (non alla statica) giuridica: concetto correlativo non tanto a quello di «dominus», quanto a quello di «terzo acquirente».

Ma la terminologia «acquisto a non domino», nel senso stretto e proprio in cui è qui adoperata, non indica semplicemente la formazione, ad opera del non dominus, di un titolo di acquisto in favore del terzo acquirente, titolo di per sé inefficace appunto perché proveniente da chi non è titolare del diritto. Essa indica una fattispecie complessa di acquisto, qualificata dall'effetto dell'attribuzione del diritto al terzo acquirente, malgrado la non titolarità dell'alienante, e della quale il titolo formato dal non dominus è il dato originario e caratteristico (2). La terminologia in esame esprime dunque un connotato della fattispecie di acquisto del diritto, e insieme una misura dell'acquisto, a determinare la quale concorre in ogni caso il titolo fornito al terzo dal non dominus. Essa non ha, invece, alcun valore significante in relazione alla natura dell'acquisto.

È chiaro, anzitutto, che la qualifica «a non domino» non può significare un nesso di derivazione del diritto acquistato dal terzo (di buona fede) con la posizione giu-

(2) Nel linguaggio giuridico la parola «acquisto» ha un significato anfibologico. Essa può designare sia l'*atto di acquisto* (ovvero, visto dall'altra parte, l'atto di attribuzione) a prescindere dalla sua efficacia, cioè la formazione del titolo di acquisto, sia l'effetto giuridico dell'atto. Purtroppo queste anfibologie non sono rare nel nostro linguaggio.

ridica dell'alienante. Il non dominus, per definizione, non può essere termine a quo di un acquisto derivativo del diritto oggetto dell'atto di alienazione da lui compiuto. Rispetto al terzo acquirente, egli è autore in senso formale, cioè dante causa, ma non può essere autore in senso sostanziale. Osta il principio «nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet» (3), inteso come assioma logico, come applicazione del principio logico di non contraddizione, e in quanto tale insuscettibile di eccezioni (in questo senso il principio è inteso nella dottrina meno recente: v. spec. Carlin, Niemand kann auf einen anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat, Giessen 1882, 5 ss., 100): «nemo dat quod non habet», nessuno può trasferire ad altri, dal proprio patrimonio, un diritto che non gli appartiene. È inconcepibile, insomma, il trasferimento di un diritto dal (patrimonio di un soggetto) non titolare (del diritto stesso).

2. Il «non dominus» è un non-titolare, e infatti la espressione «acquisto dal non titolare» viene correntemente adoperata come equivalente dell'espressione

(3) La massima è in D. 50, 17, 54. Il condizionale «haberet» è evidentemente privo di senso, mancando una proposizione ipotetica che lo regga. Il passo deriva dal libro 46 del commentario *ad edictum* di Ulpiano, dove il giurista tratta della *bonorum possessio ab intestato*, e perciò il testo originario appartiene probabilmente alla rubrica *unde legitimi*. L'*heres legitimus* poteva alienare l'eredità già prima dell'*aditio* (Gaio, II, 35); Ulpiano dunque scriveva probabilmente: «Heres non plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet, si hereditatem adisset» (la ricostruzione è dello SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 352). I compilatori hanno generalizzato la massima, assumendola tra le «regulae iuris», ma dimenticando di mettere un *habet* al posto di *haberet*.

Con riguardo alla *traditio* (in origine *mancipatio*) *fundi*, la massima si trova anche in D. 41, 1, 20 pr. dello stesso Ulpiano (lib. 29 ad Sab.).

« acquisto a non domino », tratta dal linguaggio delle fonti romane (il legislatore germanico parla appunto di « Erwerb vom Nichtberechtigten »). Gli atti di disposizione compiuti dal titolare di un diritto soggetto a un vincolo di indisponibilità (per es. art. 507, comma 3°, 1558 cpv., 1980, comma 1°, 2906, 2913 c.c.), non si qualificano alla stessa stregua degli atti di disposizione del non titolare: questi sono, come tali, assolutamente inefficaci, quelli soltanto relativamente: cioè l'acquirente acquista il diritto trasmessogli dal titolare, ma l'acquisto è inopponibile a colui o a coloro in cui favore è costituito il vincolo di indisponibilità (salvo però, per le cose mobili, l'art. 1153, comma 2° c.c., applicabile anche agli acquirenti a domino).

Peraltro, il concetto di « acquisto a non domino » non implica semplicemente l'assenza nell'alienante della titolarità del diritto oggetto dell'atto di disposizione, ma altresì l'assenza di un titolo di legittimazione a disporre del diritto altrui: il non dominus dispone illegittimamente del diritto altrui. L'acquisto a non domino non solo non può essere inteso (con riferimento all'effetto acquisitivo, che alle fattispecie in questione è ricollegato in favore del terzo di buona fede) nel senso di un trasferimento del diritto dal non titolare al terzo, ma nemmeno nel senso di un trasferimento del diritto dal titolare al terzo mediante (per virtù del) l'atto di alienazione del non titolare.

Certo, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, la massima « nemo plus iuris... » ha valore non tanto di principio logico, quanto di principio normativo: è una

regola giuridica, cioè pratica, presentata sotto la maschera di un principio logico (4). Sotto questo profilo, essa significa un diniego di efficacia all'alienazione compiuta dal non titolare, e si identifica con la regola positiva della legittimazione a disporre, intesa come limite imposto all'autonomia privata dell'alienante a tutela del terzo titolare del diritto. Perciò, come insegna Gaio (II, 62), « accidit aliquando ut... qui dominus non sit, alienare possit » (e v. anche le Istituzioni di Giustiniano, 2, 8 pr.). Da un lato, il valore normativo del principio « nemo plus iuris » viene meno quando il non titolare dispone del diritto col consenso del titolare, manifestato in base a una idonea causa negoziale (cfr. Majello, op. cit., 149 ss.; si ricordino J. 2, 1, 42: « Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate eius alius »; e ancora D. 41, 1, 9, 4): il che accade, ad esempio, nei casi di mandato (senza rappresentanza) ad alienare, di cui è una sottospecie la commissione di vendita (art. 1731), di contratto estimatorio (art. 1558, comma 1°), di donazione con patto di riserva al donante della facoltà di disporre di qualcuno dei beni donati (art. 790), che sono figure di contratti nei quali è incorporata una autorizzazione a disporre (5).

---

(4) LÜBTOW, *Hand wahre Hand* ecc., in *Festschrift der jur. Fakultät der freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag*, Berlin 1955, 145, nota 125; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (corso di dir. rom.), Milano 1952, 5; GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in dir. rom.*, Torino 1955, 117, testo e nota 116; MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli 1962, 149.

(5) Meno sicuri sono gli esempi del contratto di pegno (art. 2796 c.c. e cfr. J. 2, 8, 1) e della cessione dei beni ai creditori (art. 1977), perché in questi casi è dubbio che il soggetto dell'atto di disposizione (creditore pignoratizio o creditore cessionario) sia esonerato dalla « contemplatio domini », cioè abbia

Questi casi non rappresentano propriamente un'eccezione al principio «nemo plus iuris», ma piuttosto un limite di applicabilità del principio, il quale non ha più ragione d'essere là dove l'alienazione del diritto è compiuta dal non titolare <u>voluntate</u> <u>domini</u> (sempreché tale volontà sia sorretta da una causa idonea: sull'inammissibilità, nel nostro ordinamento, dell'autorizzazione a disporre come negozio autonomo, unilaterale e astratto, cfr. Majello, op. cit., 150, 152 nota 189). D'altro lato, il detto principio, in quanto principio normativo, e non logico, comporta la possibilità di eccezioni, le quali trovano luogo quando la legge, direttamente, o il giudice, nei casi previsti dalla legge, autorizzano il non titolare ad alienare, o a far alienare a mezzo di persone abilitate a tali atti, il diritto altrui indipendentemente o addirittura contro la volontà del titolare. Queste eccezioni sono disposte talvolta nell'interesse, o anche nell'interesse dello stesso titolare (ad es. artt. 54, 1686, comma 2°, 1690, comma 3°, 1718, comma 2°, 1789, 1800, comma 2°, 2795 c.c.); altre volte sono disposte a tutela esclusiva dell'interesse del non titolare e assumono allora funzione sanzionatoria dell'inadempimento, da parte del titolare, di un'obbligazione collegata all'acquisto del diritto (casi speciali di esecuzione forzata per espropriazione: ad es. artt. 1515, 2344, 2477 c.c.).

Nel primo gruppo di ipotesi (alienazione del diritto altrui, consentita dal titolare), il trasferimento del diritto è l'effetto di una fattispecie negoziale-disposi-

la facoltà di alienare in nome proprio. Cfr. Sacco, *Il potere di procedere in via surrogatoria*, Torino 1955, 268, testo e nota 4. Si ricordino anche gli artt. 2756, ult. comma, e 2761, ult. comma c.c.

tiva formata da due negozi (il negozio autorizzativo, per es. mandato, tra il titolare e l'alienante, e il negozio autorizzato, per es. vendita, tra il non titolare e il terzo acquirente) collegati in vista della produzione dell'effetto traslativo tra due soggetti (titolare del diritto e terzo acquirente) «i quali non entrano in rapporto né formalmente (in quanto non concludono alcun contratto tra di loro), né sotto il profilo obbligatorio, bensì solo sotto il profilo traslativo» (Majello, op. loco ult. cit.; analogamente, per il diritto romano, Burdese, <u>Autorizzazione</u> <u>ad</u> <u>alienare</u> <u>in</u> <u>dir</u>. <u>rom</u>., Torino 1950, 61). Nel secondo gruppo, l'atto di disposizione del diritto altrui è per sé solo efficace, indipendentemente dalla volontà del terzo titolare, in quanto la legge autorizza il non titolare a procedere all'alienazione, rimovendo in via eccezionale il limite posto all'autonomia negoziale dell'alienante dal principio «nemo plus iuris». Tutte queste ipotesi, pertanto, sono estranee al concetto di acquisto a non domino in senso tecnico.

Per quanto concerne in particolare il mandato ad alienare e il contratto estimatorio, si potrà discutere quale sia il meccanismo dell'acquisto del terzo, si potrà anche negare, contro la teoria alla quale aderiamo, il trasferimento <u>recta</u> <u>via</u> del diritto dal mandante (o dal <u>tradens</u>) al terzo avente causa dal mandatario (o dall'<u>accipiens</u>), e accedere piuttosto alla tesi del doppio trasferimento (6); ma è certo da respingere, per quanto autorevol-

(6) Cfr. Carraro, *Il mandato ad alienare*, Padova 1947, pp. 67 ss., 87 ss., il quale attribuisce al mandato efficacia traslativa, nel senso che il mandatario,

mente sostenuta. l'opinione secondo la quale - premesso che il mandato ad alienare, così come il contratto estimatorio, non può riguardare beni immobili o mobili registrati (7), ed escluso il precedente trasferimento del diritto al mandatario o all'estimatario - l'acquisto del terzo si spiegherebbe come un acquisto a non domino (a ti-

---

nel momento dell'esecuzione del mandato, acquista il diritto in funzione del trasferimento al terzo.

Diversa, con riguardo al contratto estimatorio, la tesi di BALBI, *Il contratto estimatorio*, nel *Trattato di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, Torino 1952, 20 ss., seguito da BUCCISANO, in *Riv. dir. comm.* 1956, I, 81 ss., spec. 107 ss., i quali attribuiscono a questo contratto efficacia traslativa tipica, così che la proprietà delle cose passerebbe dal tradente all'accipiente nel momento in cui si perfeziona il contratto.

(7) L'ammissibilità del mandato (senza rappresentanza) ad alienare beni immobili o mobili registrati sembra esclusa in modo insuperabile da ragioni pratiche collegate all'istituto della trascrizione, e in particolare al principio della continuità delle trascrizioni (art. 2650 c.c.). Per acquistare con piena efficacia il diritto alienatogli dal mandatario (in nome proprio), il terzo dovrebbe o trascrivere il suo acquisto contro il mandante oppure, insieme alla trascrizione dell'acquisto contro il mandatario, rendere pubblico anche il mandato. Entrambe le soluzioni non sono possibili: la prima, perché non si può trascrivere se non contro l'alienante (e tale è per ipotesi il mandatario, che ha alienato in nome proprio, non il mandante); la seconda, perché il mandato, non essendo un negozio traslativo, non rientra nella categoria degli atti soggetti a trascrizione a norma dell'art. 2645. Nemmeno si può pensare a un'applicazione per analogia dell'art. 2649. La cessione dei beni ai creditori, sebbene non sia un contratto traslativo, è assoggettata a trascrizione in quanto produce un autonomo effetto dispositivo di natura strumentale, e precisamente la costituzione, a carico del debitore cedente, di un vincolo di indisponibilità dei beni ceduti, mentre tale effetto non consegue al conferimento di un mandato ad alienare, il quale lascia intatta nel mandante la legittimazione a disporre del bene. D'altra parte, sulla base della trascrizione della cessione, i terzi acquirenti dai creditori cessionari sono in grado di trascrivere il loro acquisto direttamente contro il debitore cedente (e ciò conferma che, a differenza della alienazione compiuta dal mandatario senza rappresentanza, la vendita dei beni del debitore, effettuata dai creditori cessionari, è qualificata dalla «contemplatio domini»: v. sopra, nota 5).

Anche la soluzione proposta da MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano 1951, 218 ss. (obbligo del mandante di trasferire l'immobile al mandatario, allo scopo di procurare la proprietà al terzo a norma dell'art. 1478 cpv.), incontra difficoltà: cfr. PUGLIATTI, *Diritto civile (Saggi)*, cit. *infra* nel testo, 1201 ss.

tolo originario) in virtù dell'art. 1153 c.c. (cfr. Pugliatti, Esecuzione forzata e diritto sostanziale, Milano 1935, 32 ss., spec. 38; Diritto civile [Saggi], Milano 1951, 298). L'inconsistenza costruttiva di questa opinione si rivela là dove afferma che l'autorizzazione ad alienare, contenuta nel mandato, sarebbe un «atto idoneo a escludere la mala fede» dell'acquirente, cioè a escludere che la sua buona fede possa trovare smentita (v. Messineo, Manuale[8], V, Milano 1958, § 755, n. 8, p. 50): concetto manifestamente inaccettabile, sia perché implica l'idea (contraddittoria) che il mandatario, alienando la cosa del mandante (in esecuzione del mandato), commetta un torto, sia perché la buona fede implica essenzialmente l'alternativa della mala fede. Un acquirente necessariamente in buona fede è in realtà un acquirente la tutela del quale prescinde dalla buona fede. L'autorizzazione del mandante esclude oggettivamente la illegittimità dell'atto di alienazione compiuto dal non titolare (mandatario), sottraendolo al principio «nemo plus iuris», onde la questione della buona o mala fede dell'acquirente è irrilevante, così come è irrilevante per l'acquirente a domino.

Il concetto di acquisto a non domino, invece, è connesso a un atto di disposizione del diritto altrui non autorizzato, e pertanto soggetto al principio «nemo plus iuris», che lo rende, come tale, irrilevante. La alienazione ottiene rilevanza non come negozio, ma come fatto che concorre con altri fatti (tra cui, immancabile, la buona fede dell'acquirente), a integrare una fattispecie legale di acquisto, predisposta a tutela dell'affi-

damento del terzo. Perciò, qualunque cosa si pensi in ordine al problema della natura originaria o derivativa degli acquisti a non domino, si deve respingere fin d'ora l'idea che essi rappresentino altrettante eccezioni al principio «nemo plus iuris». Ciò è del tutto evidente qualora si dimostri la natura originaria dell'acquisto, essendo allora escluso che l'acquisto avvenga per trasferimento; ma non è meno vero nel caso che all'acquisto si riconosca natura derivativa. In quest'ultimo caso, infatti, il trasferimento (dal titolare) al terzo acquirente di buona fede avverrebbe pur sempre, non in forza del negozio di alienazione posto in essere dal non titolare, bensì nonostante l'inefficacia di tale negozio: non sarebbe, cioè, un effetto negoziale.

3. Nel numero precedente abbiamo escluso dal campo dell'indagine i casi in cui l'atto di disposizione del diritto altrui è compiuto da un soggetto autorizzato (facoltizzato) dal titolare o dalla legge o dal giudice (in conformità della legge) a disporre del diritto che non gli appartiene. Sotto questo aspetto la nozione di non dominus in senso tecnico appare più ristretta della nozione di non titolare. Sotto un altro aspetto essa assume un contenuto più ampio. Il concetto (negativo) di «non titolare» è simmetrico al concetto (positivo) di titolare, cioè suppone un diritto esistente a favore di un altro soggetto. Invece, fra gli acquisti a non domino rientrano anche ipotesi in cui fa difetto non tanto la titolarità del diritto da parte dell'alienante, quanto la esistenza stessa del diritto oggetto di alienazione;

nelle quali, cioè, oggetto dell'alienazione è «non tanto un diritto altrui quanto un non diritto» (Carnelutti, Teoria cambiaria, Padova 1937, 20). Si pensi alla cessione di un credito inesistente oppure di un diritto di usufrutto inesistente. Si suppone, beninteso, che il credito sia vantato contro una persona esistente o l'usufrutto sia vantato su una cosa esistente. Se la persona di cui il cedente si spaccia creditore o la cosa di cui si spaccia usufruttuario non esiste, non sorge questione di tutela dell'acquirente di buona fede in quanto terzo.

4. Infine, non assume la qualità di non dominus in senso tecnico il proprietario che aliena successivamente a più persone un immobile o un mobile registrato, oppure il creditore che cede successivamente a diverse persone il medesimo credito. L'acquisto del secondo acquirente che per primo trascrive il suo titolo (artt. 2644 e 2685) o, rispettivamente, per primo lo notifica al debitore (art. 1265), non appartiene propriamente alla categoria degli acquisti a non domino (cfr. Pugliatti, La trascrizione, I, 1, nel Trattato di dir. civ. e comm. diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano 1957, 455 nota 188; Messineo, Manuale[9], II, Milano 1965, § 97, n. 10, p. 751 e qui altre citazioni). Certo, dal punto di vista della fattispecie primaria, costituita dal contratto, la seconda alienazione è un atto di disposizione del diritto altrui, posto che l'alienante si è già spogliato del diritto in favore del primo acquirente (arg. ex art. 1376 c.c.). In caso di vendita, è applicabile la disciplina della vendita di cosa altrui: il compratore di un immo-

bile (o di un credito), che venga a conoscenza della precedente alienazione ad altri, in ipotesi non ancora trascritta, anziché trascrivere (o notificare al debitore) il proprio acquisto, può domandare la risoluzione del contratto a norma dell'art. 1479 (cfr. Rubino, La compravendita[2], nel Trattato diretto da Cicu e Messineo, Milano 1962, 329). Ma, se il primo acquirente non ha provveduto agli adempimenti formali che producono la conoscibilità legale del suo acquisto, l'alienazione ulteriore si qualifica come atto di disposizione del diritto altrui soltanto tra le parti, cioè tra l'alienante e l'acquirente ulteriore, non anche nei rapporti tra quest'ultimo e il primo acquirente (terzi fra di loro). Fra di loro i successivi acquirenti sono considerati tutti acquirenti a domino, cioè tutti forniti di un valido titolo d'acquisto, onde si configura un'ipotesi di conflitto di diritti, « che la legge risolve, piuttosto che sulla base delle fattispecie primarie, per sé prese, con riferimento alla fattispecie secondaria » costituita dal procedimento di pubblicità dell'acquisto mediante la trascrizione nel primo caso, o dal procedimento di notifica della cessione al debitore ceduto (alla quale è equipollente l'accettazione del debitore con atto di data certa) nel secondo caso (8): « si applica sempre il

(8) Il requisito della « notifica », di cui all'art. 1265, deve essere interpretato rigorosamente, nel senso che la cessione deve essere denunziata al debitore con atto giudiziale (citazione) o stragiudiziale, notificato a mezzo di ufficiale giudiziario. La comunicazione a mezzo di lettera raccomandata è sufficiente agli effetti dell'art. 1264 (per escludere la possibilità di un pagamento liberatorio a mani del cedente), ma non agli effetti dell'art. 1265 (per ottenere la preferenza nel conflitto con un cessionario di data anteriore): così Cass. 21 aprile 1961, n. 890 e Cass. 27 aprile 1961, n. 948, in *Foro it.* 1961, I, 918. Co-

principio prior in tempore potior in iure, ma non con riferimento all'atto di acquisto del diritto, bensì con riferimento alla fattispecie secondaria » (Pugliatti, Trascrizione cit., 455). La trascrizione o, rispettivamente, la notificazione è fattispecie secondaria in quanto non integra la fattispecie di acquisto del diritto, ma opera piuttosto, in collegamento con la fattispecie primaria, come criterio di preferenza dell'acquirente che per primo trascrive o notifica il suo titolo.

Qualunque cosa si pensi circa il problema tecnico del collegamento tra fattispecie primaria e trascrizione (pubblicità) dell'acquisto immobiliare, si accolga la tesi tradizionale che fa capo al concetto di inopponibilità (inefficacia relativa) dell'acquisto di data anteriore al successivo acquirente primo trascrivente, oppure l'altra tesi che fa capo al concetto di risoluzione del primo acquisto (non trascritto) in conseguenza della trascrizione effettuata dall'acquirente ulteriore, certo si è che quest'ultimo acquista il diritto (in via derivativa) direttamente dall'alienante, contro il quale ha trascritto il suo titolo, non dal primo avente causa; e lo acquista indipendentemente dalla buona o mala fede, cioè dall'ignoranza o conoscenza in cui versava, al momento del contratto, circa la precedente alienazione del medesimo immobile ad altri (Cass. 27 aprile 1960, n. 942, in Foro it. 1961, I, 105; Cass. 13 maggio 1963, n. 1172, in Giur. it. 1964, I, 1, 914; Cass. 10 gennaio 1964, n. 48,

munemente, la notificazione con atto di ufficiale giudiziario viene ritenuta un mezzo legale di pubblicità, o almeno una forma di pubblicità di fatto della cessione; ma questa valutazione è contestata dal PUGLIATTI, *Trascrizione*, cit., 307 s.

in Foro pad. 1964, I, 692). Questo è un indice sicuro dell'estraneità dell'ipotesi al concetto di acquisto a non domino. Coloro che applicano tale concetto all'art. 2644 (e analogamente si dica per l'art. 1265) dovrebbero coerentemente concludere nel senso che la trascrizione della seconda alienazione o integra una fattispecie (primaria) di acquisto a titolo originario oppure integra una fattispecie traslativa (ex lege) del diritto dal primo al secondo acquirente. Entrambe le conclusioni urterebbero, per un verso o per l'altro, contro l'obiezione insuperabile che gli acquisti soggetti a trascrizione a norma degli artt. 2643 e 2645 sono acquisti (derivativi) da colui contro il quale l'atto di acquisto viene trascritto. La tutela del secondo acquirente che per primo trascrive il suo titolo di acquisto (o per primo lo notifica al debitore, nel caso di più cessioni del medesimo credito) non si ricollega al principio dell'apparenza di diritto, coordinato alla protezione della buona fede dei terzi acquirenti a non domino (in questo senso, nella dottrina più recente, Betti, Teoria gen. del negozio giur.[2], nel Trattato di dir. civ. diretto da F. Vassalli, Torino 1952, 227; Cariota Ferrara, Il negozio giuridico, Napoli s.d., 609 s.; Scognamiglio, Contratti in generale, nel Trattato di dir. civ. diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano 1961, 28 s.), bensì a un principio radicalmente diverso, che va sotto il nome di formalismo giuridico, e in virtù del quale, nei confronti del terzo che si richiama al contenuto di un documento formale, la situazione giuridica è quella che risulta da tale documento, in quanto non contraddetto da altra documentazione

anteriore del medesimo tipo (cfr. Falzea, voce Apparenza, in Enc. dir., II, Milano 1958, 685, 690).

5. Un sistema analogo a quello degli artt. 1265 e 2644, ma non collegato al principio del formalismo giuridico, sembra adottato dall'art. 1155 c.c., il quale dispone: «Se taluno con successivi contratti aliena a più persone un bene mobile, quella tra esse che ne ha acquistato in buona fede il possesso è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore». Sebbene la legge non precisi, si suppone qui che l'alienante sia proprietario del bene, perché solo in questa ipotesi può configurarsi un conflitto tra i successivi acquirenti (a differenza del diritto romano: cfr. D. 6, 2, 9, 4; D. 19, 1, 31, 2). Tuttavia, secondo la dottrina tradizionale (fra gli autori più recenti cfr. Natoli, Il conflitto dei diritti ecc., Milano 1950, 138; Mengoni, in Banca, borsa tit. cred. 1958, II, 565; Barbero, Sistema del dir. priv. it.[6], I, Torino 1965, 316; Torrente, Manuale di dir. priv.[6], Milano 1965, 311), solo apparentemente il regolamento dell'art. 1155 è parallelo a quello dell'art. 2644; in realtà esso non è che un'applicazione dell'art. 1153. Come nell'ipotesi dell'art. 1153, così in quella dell'art. 1155 l'acquisto in buona fede del possesso, da parte dell'acquirente posteriore, concorre col titolo a integrare una fattispecie primaria di acquisto (non negoziale) a non domino, onde il concetto di «preferenza», evocato dalla legge, ha un valore empirico, non tecnico.

Contro questa dottrina si è obiettato che l'origine storica della norma è indipendente dal processo di for-

mazione della regola «possesso vale titolo»: essa proviene dalla tradizione romanistica, nell'ambito della quale fu formulata da Pothier (Traité du contrat de vente, n. 320) sulla base di un testo del codice giustinianeo (C. 3, 32, 15) e con l'aggiunta del requisito della buona fede, da intendersi, nel sistema in cui operava Pothier, con riferimento non alla rivendica, bensì all'azione revocatoria (pauliana), esperibile dal primo acquirente, nella sua qualità di creditore dell'alienante, contro l'acquirente posteriore che avesse acquistato la cosa e ottenuta la consegna conscius prioris venditionis. Si è obiettato ancora che la norma fu accolta non solo nel codice sardo (art. 1232), ma anche nel codice parmense (art. 1114), il quale, a differenza del primo, non riconosceva alla regola «possesso vale titolo» se non il valore processuale di una presunzione di proprietà (articolo 2369). Si può aggiungere, con riguardo agli ordinamenti attuali, che la norma si trova pure nel diritto inglese (cfr. il Sale of Goods Act, 1893, sect. 25, § 1), il quale, come i diritti francese e italiano, accoglie il principio consensualistico (Act cit., sect. 17), ma non conosce una norma corrispondente al nostro art. 1153. Tutto ciò è vero. Valutato in relazione all'art. 1376 (cioè nella prospettiva del vecchio codice, dove la norma era collocata nel capo relativo agli «effetti dei contratti», immediatamente di seguito all'art. 1125 che sanciva il principio consensualistico), l'art. 1155 rappresenta un residuo (ineliminabile) del sistema della traditio: privata dell'ufficio costitutivo del trasferimento della proprietà, che aveva in quel sistema, la tra-

ditio conserva, in materia mobiliare, la funzione di criterio di preferenza tra successivi acquirenti di un bene mobile da un medesimo autore (precedente proprietario), ossia la funzione di fattispecie secondaria, con riguardo alla quale, piuttosto che alla fattispecie primaria costituita dal semplice consenso, viene applicato il principio «prior in tempore potior in iure». Ma nel nostro ordinamento, in presenza della regola «possesso vale titolo», questa funzione è assorbita dall'autonoma rilevanza, come fattispecie primaria di acquisto a titolo originario, attribuita dall'art. 1153 alla consegna, in quanto concorrano una idonea causa traslativa e la buona fede dell'acquirente. Appunto questo fenomeno di assorbimento nella fattispecie dell'art. 1153 del conflitto tra acquirenti successivi di una cosa mobile dal medesimo autore ci sembra abbia inteso mettere in luce il nuovo legislatore trasferendo la norma dell'art. 1155 dalla disciplina dei contratti nella disciplina della regola «possesso vale titolo». E in questa diversa prospettiva meglio si spiega il requisito della buona fede, per giustificare il quale l'opposta dottrina è costretta a ricorrere all'idea insostenibile di una funzione di pubblicità (di fatto) dell'alienazione, che nell'ipotesi dell'art. 1155 sarebbe affidata alla consegna, analogamente alla funzione adempiuta dalla trascrizione per i trasferimenti immobiliari.

Ad ogni modo, non pare che la questione possa avere conseguenze pratiche, e in particolare che da essa dipenda l'applicabilità dell'art. 1155 al conflitto tra successivi acquirenti di diritti reali di godimento diversi

dalla proprietà oppure tra acquirente della proprietà e successivo acquirente di un diritto di usufrutto o di uso oppure di un diritto di pegno (applicabilità a torto negata dal Barassi, Diritti reali e possesso, Milano 1952, I, 407 s., sul riflesso che l'art. 1155, a differenza dell'art. 1153, non contiene un esplicito riferimento ai negozi costitutivi di diritti reali limitati).

Capitolo II

IL PROBLEMA DELL'ACQUISTO « A NON DOMINO »

Sezione I. - Premesse generali.

1. La tutela degli acquirenti di buona fede a non domino opera in due direzioni: nei rapporti con lo stesso alienante (non titolare) e nei rapporti col titolare.

Nella prima direzione una tutela specifica è accordata, in linea di massima, soltanto all'acquirente a titolo oneroso. Si tratta di una tutela preventiva, contro il pericolo dell'evizione: in quanto al momento dell'acquisto ignorava che la cosa o il credito (1) non apparteneva all'alienante, l'acquirente non ha inteso correre l'alea dell'evizione, e perciò la legge gli consente di prevenire questo pericolo, e di ottenere immediatamente il risarcimento del danno, attribuendogli il diritto di chiedere la risoluzione del contratto (art. 1479

(1) La cessione dei crediti, dal punto di vista della fattispecie, non è una categoria autonoma, ma è una vendita, una permuta, una *datio in solutum*, ecc. (cessione a titolo oneroso) oppure una donazione (cessione a titolo gratuito). Questi contratti, come risulta dalla rispettiva definizione legale (artt. 769, 1197, comma 2°, 1470, 1552; e v., in generale, l'art. 1376 c.c.) possono avere per oggetto non solo il trasferimento della proprietà di una cosa, ma anche il trasferimento di « altri diritti », e dunque, in particolare, anche di diritti di credito. Sono perciò applicabili alla cessione dei crediti rispettivamente le norme sulla vendita o le norme sulla donazione in quanto non risultino incompatibili con la disciplina speciale dettata dagli artt. 1260 ss. c.c. Cfr. CARRARO, in *Riv. dir. civ.* 1957, I, 117 ss.

c.c.; e si tenga presente anche l'art. 1192, comma 2°). Modificando un'opinione precedentemente espressa, riteniamo che l'art. 1479 debba considerarsi un'applicazione del principio generale dell'art. 1453, ossia un'azione di risoluzione del contratto per inadempimento (dottrina dominante: cfr. Rubino, op. cit., 360 ss.). Ma nel caso speciale dell'art. 1479 viene in considerazione una situazione di inadempimento diversa da quella che caratterizza l'ipotesi generale dell'art. 1453. In questa si presuppone l'inadempimento di una obbligazione derivante da un contratto a prestazioni corrispettive: per esempio, quando l'impugnativa sia proposta dal compratore, l'inadempimento, da parte del venditore, dell'obbligazione di consegna della cosa. Invece, nell'art. 1479 non viene in considerazione l'inadempimento di una obbligazione derivante dal contratto a carico del venditore: non dell'obbligazione di consegna (art. 1476, n. 1), e nemmeno dell'obbligazione di procurare al compratore la proprietà della cosa (artt. 1476 n. 2 e 1478, comma 1°). Quanto alla prima, a parte la questione se la vendita di cosa altrui (valida come vendita obbligatoria) produca un'autonoma obbligazione di consegna, immediatamente esigibile indipendentemente dall'adempimento dell'obbligazione di procurare al compratore l'acquisto della proprietà (2), basti osservare che il compratore di buona

(2) Il problema è di antica data. Dopo il codice del 1942, una parte della dottrina e la giurisprudenza sembrano orientate verso una soluzione intermedia, che riconosce al solo compratore di buona fede il diritto di esigere immediatamente la consegna della cosa, in alternativa con la domanda di risoluzione del contratto: cfr. RUBINO, *Compravendita*[2], 362 (e v. pure a pp. 359 e 468); GRECO-COTTINO, *Della vendita*, nel *Commentario del cod. civ.* a cura

fede può rifiutare la consegna della cosa offertagli dal venditore e chiedere la risoluzione del contratto, e può sperimentare l'impugnativa anche se abbia già ricevuto il possesso (supposto che venga a conoscenza dell'alienità della cosa successivamente alla consegna), a meno che la consegna gli abbia procurato la proprietà a norma dell'art. 1153 c.c. (3). Quanto all'obbligazione del

di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1962, 131, nota 2; ROMANO, *Vendita* ecc., nel *Trattato di dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano 1960, 84; Cass. 17 luglio 1947, n. 1126, in *Mass. Giur. it.* 1947, 314; Cass. 25 gennaio 1958, n. 189, *ibid.* 1958, 39. Secondo questo insegnamento, nel caso di conoscenza da ambo le parti dell'alienità della cosa l'obbligazione di consegna è subordinata all'adempimento dell'obbligazione di procurare al compratore l'acquisto del diritto; se fosse pattuita la consegna immediata, tale clausola sarebbe «nulla per illiceità, non potendo la legge autorizzare l'arbitraria trasmissione del possesso di un bene altrui, quando anche il compratore è consapevole della vera situazione» (RUBINO, *op. cit.*, 359). Non distinguono tra compratore di buona o di mala fede: SCHLESINGER, in *Foro it.* 1963, I, 149, nota 2; RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli 1967, 24, testo e nota 53 (e vedi nello stesso senso, con riferimento al codice del 1865, GORLA, *La compravendita*, nel *Trattato* diretto dal Vassalli, Torino 1937, 72, 232 nota 3). Secondo quest'altra dottrina, che condivido, contro la domanda di consegna della cosa il venditore non può eccepire il mancato trasferimento della proprietà nemmeno dimostrando la mala fede del compratore, salvo, s'intende, che in questo caso l'accordo delle parti debba essere interpretato nel senso di escludere l'esigibilità della consegna prima dell'adempimento dell'obbligazione di far acquistare il diritto al compratore. Pare isolata la posizione di MARTORANO, in *Riv. dir. comm.* 1961, I, 408, ad avviso del quale la vendita di cosa altrui non produce, nemmeno in favore del compratore di buona fede, un autonomo obbligo di consegna, distinto e indipendente dall'obbligo di procurare l'acquisto della proprietà. In contrario, RASCIO, *op. loc. cit.*, osserva giustamente che «il diritto alla consegna non è collegato alla proprietà... ma è una posizione autonoma fondata esclusivamente sul rapporto contrattuale». Cfr. anche PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968, 128 nota 224.

(3) La dottrina dominante ritiene compresi nella riserva espressa nell'inciso finale dell'art. 1479, comma 1°, anche i casi in cui il compratore acquista la proprietà in virtù di una norma (in particolare l'art. 1153 e l'art. 1162, comma 1°, c.c. per le cose mobili) che lo tutela in quanto terzo acquirente di buona fede a non domino. Cfr., per tutti, RUBINO, *op. cit.*, 326 s., e qui citazioni; contro, da ultimo, GRECO-COTTINO, *op. cit.*, 133 ss. Eccessiva, ad ogni modo, sembra la massima di App. Trento 2 agosto 1966, in *Giust. civ.* 1966, I, 2065.

venditore di far acquistare al compratore la proprietà o il diverso diritto oggetto del contratto, essa non è esigibile immediatamente, ma solo alla scadenza del termine concordato dalle parti o, in mancanza di accordo, fissato dal giudice su istanza di una di esse (art. 1183 c.c.). Decorso infruttuosamente il termine, l'inadempimento di questa obbligazione cade sotto la sanzione dell'art. 1453, cioè la risoluzione della vendita a questo titolo può essere chiesta dal compratore indipendentemente dalla sua buona o mala fede al tempo della stipulazione del contratto (cfr. Cass. 19 ottobre 1963, n. 2794, in Foro it. 1964, I, 565).

L'inadempimento del venditore che giustifica il diritto alla risoluzione del contratto, riconosciuto dall'art. 1479 al compratore di buona fede, consiste nel mancato trasferimento immediato della proprietà, mentre la « lex contractus », ossia l'accordo delle parti, esigeva appunto che la proprietà della cosa passasse immediatamente al compratore. Ciò spiega perché il rimedio dell'art. 1479 sia concesso soltanto al compratore di buona fede (definita dalla legge come « ignoranza che la cosa non era di proprietà del venditore »): perché la mala fede è incompatibile con la volontà di ottenere il trasferimento immediato della proprietà. È esatta pertanto l'opinione che ravvisa nell'art. 1479 un'applicazione speciale dell'art. 1453: ma questa valutazione implica l'abbandono della premessa teorica tradizionale che identifica il concetto di inadempimento del contratto col concetto di inadempimento di un'obbligazione ex contractu. Il primo è un concetto più ampio, che comprende

anche violazioni della « lex contractus » le quali non configurano l'inadempimento di un'obbligazione contrattuale. Prestazione promessa (mediante il contratto) e prestazione dovuta (per effetto del contratto) non sono concetti coincidenti (cfr. Raape, in Arch. civ. Praxis 1949, 48; Mengoni, in Studi in onore di De Gregorio, II, Città di Castello 1955, 145). Un esempio è offerto appunto dall'art. 1479: il venditore che ha promesso il trasferimento immediato della proprietà è inadempiente rispetto alla « lex contractus » qualora tale effetto non si produca; ma non si tratta di inadempimento di un'obbligazione.

L'art. 1479 implica la possibilità per il compratore di buona fede di avvalersi, anziché del rimedio radicale e definitivo della risoluzione del contratto, della semplice eccezione di inadempimento, rifiutando il pagamento fino a quando il venditore non gli abbia procurato l'acquisto del diritto. Posto che il compratore di buona fede può domandare la risoluzione indipendentemente dall'inadempimento delle obbligazioni che dal contratto derivano al venditore, per il solo fatto che è mancato il risultato del trasferimento immediato del diritto, si deve correlativamente ammettere l'esperibilità, per questo solo fatto, del rimedio minore previsto dall'art. 1460 c.c. Non occorre il particolare presupposto (pericolo effettivo di evizione, risultante da indizi concreti dell'intenzione di un terzo di rivendicare la cosa) al quale il diritto del compratore di sospendere il pagamento del prezzo è subordinato dall'art. 1481, in deroga alla disciplina generale dell'eccezione di inadem-

pimento. Questo particolare requisito si spiega perché il rimedio dell'art. 1481 non è limitato alla vendita di cosa altrui (cfr. Rubino, op. cit., 370 ss.).

2. Secondo la dottrina dominante, mentre la cessione a titolo oneroso di un credito altrui è semplicemente risolubile a norma dell'art. 1479 (o, dopo l'evizione, a norma dell'art. 1483, mediante la garanzia per evizione), invece la cessione di un credito inesistente, pur se a titolo oneroso, è nulla per mancanza di oggetto (cfr., da ultimo, Carraro, in Riv. dir. civ. 1957, I, 124; Cicala, Il negozio di cessione del contratto, Napoli 1962, 159, nota 73; contro Panuccio, La cessione volontaria dei crediti ecc., Milano 1955, 151, secondo il quale anche la cessione di un credito inesistente è soltanto risolubile, tesi ribadita nella voce Cessione dei crediti, in Enc. dir., VI, Milano 1960, 870). Pertanto, la garanzia della «veritas nominis», prevista nell'art. 1266 c.c., non sarebbe un effetto del contratto, bensì una forma particolare di responsabilità precontrattuale, limitata al c.d. interesse negativo ed eccezionalmente svincolata dal presupposto della colpa (in deroga alla disciplina generale dell'art. 1338 c.c.), cioè applicabile anche se il cedente abbia ignorato senza sua colpa l'inesistenza del credito, e in questo senso «oggettiva» (cfr. Rubino, op. cit., 754 s.). Ma tale valutazione difficilmente si concilia con la possibilità, ammessa nell'inciso finale dell'art. 1266, comma 1°, di un patto di esclusione della garanzia, e inoltre è difficile comprendere perché la responsabilità di chi cede un credito inesistente sarebbe limitata in ogni caso all'interesse negativo del cessionario, mentre chi cede un credito altrui risponde, almeno in caso di colpa, dell'interesse positivo (art. 1479, comma 2°).

Questi rilievi inducono a ritenere che la dottrina dominante meriti di essere discussa. All'ipotesi di cessione di un credito inesistente è parallela, nel campo dei negozi traslativi di diritti reali, l'ipotesi di cessione di un usufrutto inesistente: eppure nessuno pensa, in quest'altra ipotesi, che la cessione sia nulla, salvo il caso che non esista in rerum natura la cosa su cui il cedente vanta l'usufrutto (cfr. Rubino, op. cit.[2], 752 s.). Correlativamente si dovrebbe ritenere nulla la cessione di un credito inesistente solo quando non esista addirittura la persona nei confronti della quale il cedente pretende di essere creditore: solo in questo caso si può parlare propriamente di negozio (con oggetto) impossibile ai sensi dell'art. 1346 c.c., e quindi nullo a norma dell'art. 1418, comma 2° (cfr. Kohler, Lehrbuch des bürg. Rechts, II, 1, Berlin 1906, 80 s.). Ma non a questo caso, praticamente inverosimile, bensì al caso in cui il (preteso) debitore esista e opponga al cessionario la mancanza del credito (per es. la nullità o l'annullamento del negozio costitutivo del credito ceduto) si riferisce l'art. 1266, la cui ragion d'essere si coglie nel riflesso che la soccombenza del cessionario di fronte alla eccezione di inesistenza del credito non rientra nel concetto di evizione (contro Panuccio, op. cit., 163), e perciò non comporta la possibilità di invocare direttamente la tutela dell'art. 1483.

Riterrei, pertanto, che alla cessione a titolo oneroso di un credito inesistente (vantato nei confronti di una persona esistente) sia applicabile per analogia la disciplina della vendita di un diritto altrui (artt. 1478 e 1479), salva la sostituzione della garanzia per evizione con la speciale garanzia prevista dall'art. 1266, comma 1°, il cui contenuto, peraltro, si avvicina a quello della garanzia di cui all'art. 1483 (cfr. Betti, Teoria gen. delle obbligazioni, III, 2-IV, Milano 1955, 49, e Messineo, Manuale[9], III, § 110, n. 4, p. 254).

3. A differenza della vendita, la donazione di cosa o di un diritto altrui è nulla secondo la dottrina tradizionale, che riteniamo esatta (cfr., da ultimo, Torrente, La donazione, nel Trattato di dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo, Milano 1956, 411 ss., e qui citazioni; contro Biondi, Le donazioni, nel Trattato di dir. civ. diretto dal Vassalli, Torino 1961, 346 ss., 354, confutato da Oppo, in Riv. dir. civ. 1963, I, 489), e altrettanto si deve dire della cessione a titolo gratuito di un credito inesistente. È vero che la donazione può consistere anche nell'assumere verso il donatario una obbligazione. Ma l'art. 769 distingue nettamente questa ipotesi dalla donazione dispositiva (cioè diretta al trasferimento di un diritto dal donante al donatario), rispetto alla quale enuncia espressamente il requisito della suità del diritto da parte del donante, ovverossia il requisito dell'« attualità dello spoglio » (giusta la regola romana: « donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur »: D. 39, 5, 9, 3). Se ne deve arguire che l'obbli-

gazione di procurare all'altra parte un diritto che al momento del contratto appartiene a un terzo può sì ricollegarsi a una donazione, ma solo in quanto la volontà del donante sia precisamente diretta all'assunzione di tale obbligazione (non si tratta quindi, di semplice consapevolezza dell'alienità della cosa). Ma in tal caso non si ha donazione di cosa altrui in senso tecnico, la quale si configura come contratto dispositivo, e pertanto è nulla, valida essendo, secondo l'enunciato dell'art. 769, soltanto la donazione con cui il donante « dispone di un suo diritto ».

La nullità della donazione di cosa altrui si argomenta inoltre dalla nullità, espressamente sancita, della donazione di beni futuri (art. 771 c.c.). Come per questa ipotesi la legge esclude l'applicabilità di una disciplina analoga a quella della vendita di cose future (art. 1472), in quanto incompatibile col requisito della attualità dello spoglio, così per la donazione di cosa altrui si deve escludere l'applicabilità di una disciplina analoga a quella della vendita di cosa altrui: non solo nel senso che il donante non è obbligato a procurare l'acquisto della proprietà al donatario, ma altresì nel senso che il donatario non diventa proprietario qualora il donante acquisti la proprietà dal titolare di essa. Su questo punto Pothier era di contrario avviso, con riguardo al caso che il donante diventi l'erede del proprietario (Traité des donations entre-vifs, sect. III, art. I, § 1, in Oeuvres, ediz. Rondonneau, V, Paris 1831, 29): ma in aperta contraddizione (oltre che con la premessa generale secondo cui « la donation de la chose d'au-

trui est sans effet», cioè appunto nulla) con l'opposta soluzione data al caso inverso, perfettamente equivalente, che il proprietario diventi l'erede del donante.

Data la nullità, nessuna tutela fondata sul contratto è concessa al donatario, il quale potrà agire contro il donante solo con l'azione di responsabilità precontrattuale, ove sussistano le condizioni dell'art. 1338 c.c. A questo principio la legge deroga nei casi di donazione modale o di donazione remuneratoria (art. 797 n. 3, richiamato dall'art. 1266, comma 2°, per la cessione a titolo gratuito di un credito inesistente), nei quali appare equo attribuire una tutela contrattuale al donatario a non domino. In questi casi la donazione è pur sempre nulla come atto di disposizione, ma è valida come contratto obbligatorio, al solo effetto dell'accollo al donante della garanzia per l'evizione o, rispettivamente, per l'esistenza del credito, fino a concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante (4).

4. I rimedi accennati, in quanto tengono ferma la regola «nemo plus iuris...» e si limitano ad attribuire all'acquirente il surrogato di una ragione di danni verso l'alienante, sono manifestamente inadeguati ai bisogni della circolazione dei beni. Il problema si sposta perciò

(4) I casi previsti nell'art. 797 nn. 1 e 2 non concernono propriamente una donazione di cosa altrui. Nel primo il donante garantisce al donatario di essere titolare del diritto. Nel secondo il titolare, dopo avere disposto del diritto a titolo di donazione, lo aliena a un terzo, che nel conflitto col primo acquirente (donatario) è preferito in virtù dei criteri stabiliti negli artt. 1265 e 2644 c.c.

sul piano dei rapporti col titolare del diritto (terzo rispetto all'alienazione), e sotto questo profilo si prospetta l'esigenza che l'interesse di conservazione dei diritti sia sacrificato, entro certi limiti, all'interesse di sicurezza della circolazione giuridica. Questo sacrificio, del resto, purché contenuto entro una equa misura, trova una contropartita nel vantaggio che indirettamente ne deriva allo stesso titolare in relazione a un altro, non meno rilevante interesse: l'interesse a una facile negoziabilità del diritto. La negoziazione dei diritti è tanto più pronta e spedita quanto più i terzi sono assicurati contro l'eventualità di acquistare da un non titolare, e quindi quanto meno grave è l'onere di controllo del titolo dell'alienante. Una rigida tutela del titolare del diritto, una difesa intransigente del principio «nemo plus iuris..», risulterebbero in definitiva dannose al titolare stesso.

L'unificazione del diritto privato, attuata dalla codificazione del 1942, che ha abolito la distinzione tra rapporti civili e rapporti commerciali, ha fatto pesare quell'esigenza forse più del necessario, e conseguentemente ha accentuato l'inclinazione dell'ago della bilancia a favore dei terzi acquirenti. Non solo sono state allargate le ipotesi classiche di acquisto a non domino, ma sono state introdotte nuove ipotesi, specificamente destinate a comprimere un corollario del principio «nemo plus iuris...», tradizionalmente espresso nella regola «resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis».

In ogni caso, la soluzione favorevole al terzo acquirente è però irriducibilmente condizionata alla presenza

di due circostanze, in difetto dell'una o dell'altra delle quali la tutela è senz'altro esclusa. Occorre anzitutto che l'atto di disposizione posto in essere dal non titolare, cioè il titolo di acquisto invocato dal terzo, sia in se stesso (a prescindere dal difetto di legittimazione dell'alienante) regolare. Se il titolo è affetto da vizi intrinseci, non vi è ragione di accordare all'acquirente a non domino, che ignori il vizio, una tutela che non è data nemmeno all'acquirente a domino. In secondo luogo, occorre che l'acquirente sia di buona fede, cioè ignori il difetto di legittimazione dell'alienante.

Il concorso di un titolo esente da vizi intrinseci e della buona fede è una condizione necessaria, ma non sufficiente: occorre sempre un'ulteriore condizione, costituita da una situazione estrinseca, rilevante nell'ambiente sociale, la quale, a stregua appunto di una obiettiva valutazione sociale, diminuisce e deprime la posizione giuridica del dominus e corrispondentemente rafforza la posizione del terzo avente causa a non domino. Tale ulteriore requisito di regola attiene allo stesso terzo e consiste in una situazione materiale di esercizio del diritto, cioè nel possesso, giustificato dal titolo, del bene oggetto dell'alienazione. In certi casi eccezionali il requisito in questione attiene, invece, all'alienante (non dominus), e consiste allora o in un precedente rapporto tra il dominus e l'alienante, in virtù del quale quest'ultimo è investito di un titolo di acquisto, peraltro invalido o inefficace, oppure, indipendentemente dall'esistenza di un titolo a favore dell'alienante, in una situazione obiettiva di apparenza di titolarità.

Siccome il possesso, che è il mezzo tecnico normale di tutela dell'acquirente dal non titolare, è configurabile in corrispondenza ai soli diritti reali, l'atteggiamento del legislatore di fronte al problema dell'acquisto a non domino è radicalmente diverso a seconda che si tratti della circolazione dei diritti reali ovvero della circolazione dei diritti di credito.

Sezione II. - L'acquisto «a non domino» nella circolazione dei diritti reali.

5. Nella circolazione dei diritti reali la soluzione del conflitto tra l'interesse del titolare e l'interesse del terzo avente causa di buona fede è collegata a due criteri, il primo dei quali decide sul «se» della tutela del terzo, il secondo sul «quanto», cioè sulla intensità della tutela.

Il primo criterio è costituito dalla circolazione fisica della cosa, oggetto del diritto reale alienato. Fino a quando l'atto di alienazione del non dominus non sia seguito dal trasferimento materiale della cosa, cioè l'acquirente non sia ancora immesso nel possesso, prevale il principio della legittimazione («nemo plus iuris...») e, con esso, l'interesse del titolare alla conservazione del diritto. A questo criterio generale, secondo il quale è tutelata soltanto la buona fede possessoria del terzo, la legge deroga in alcuni casi particolari, nei quali la buona fede è presa in considera-

zione indipendentemente dal possesso, in quanto obiettivamente fondata su una situazione dell'alienante dell'uno o dell'altro tipo accennati alla fine del numero precedente (artt. 534, comma 2° e 3°, 785, comma 2°, 1415, comma 1°, 1445 c.c.) (5) oppure su una situazione analoga, costituita da un atto annullato o revocato, che autorizza l'alienante a disporre del diritto altrui in nome del titolare (artt. 23, comma 2°, 25, comma 2°, 2377, comma 3°, 2391, comma 3° c.c.; art. 742 c.p.c.). In questi casi la tutela del terzo opera immediatamente al momento della formazione del titolo di acquisto; in altri casi essa opera solo dopo trascorso un certo periodo di tempo, ma sempre indipendentemente dal possesso (artt. 2652, nn. 6, 7 e 9; 2690, nn. 3, 4 e 6 c.c.).

Quando il negozio di alienazione posto in essere dal non titolare riceve esecuzione mediante il trasferimento del possesso all'acquirente, subentra una situazione di fatto che, fin dal diritto romano, è considerata idonea ad attribuire all'acquirente il diritto, anche se questo non appartiene all'alienante. Appunto il possesso (di buona fede) è assunto dalla legge come base di un sistema generale di tutela dei terzi acquirenti di diritti reali. Ma questo sistema si articola in due istituti distinti, caratterizzati da una diversa prontezza della tutela, a seconda che si tratti di cose mobili semplici oppure di immobili o mobili iscritti in pubblici registri o di universalità di mobili.

---

(5) Nell'ipotesi dell'art. 1445 il terzo si qualifica acquirente a non domino in ragione della retroattività (reale) dell'annullamento sopravvenuto del titolo del dante causa. La norma non può essere messa sullo stesso piano degli artt. 1452 e 1458, relativi alla rescissione o alla risoluzione del contratto, non può, cioè, essere valutata come norma che esclude la retroattività dell'annullamento, non dipendente da incapacità legale, nei confronti dei terzi acquirenti di buona fede e a titolo oneroso, i quali pertanto conserverebbero la posizione originaria di acquirenti a domino in virtù dell'inopponibilità ad essi dell'annullamento. La buona fede del terzo non è semplicemente un criterio di irretroattività dell'annullamento, bensì è rilevante come fatto costitutivo di una fattispecie di acquisto a non domino. Cfr. in questo senso: BETTI, *Teoria gen. del negozio giur.*[2], 22, 67; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*[4], Napoli 1966, 102: per l'impostazione del problema, SACCO, in *Riv. dir. civ.* 1959, I, 264 (n. 5). Contro BIGIAVI, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1954, 159.

§ 1. Sviluppo storico della regola « in fatto di mobili possesso vale titolo ». Valutazione critica dell'art. 1153 c.c.

6. In diritto romano l'efficacia acquisitiva del diritto corrispondente era riconosciuta al possesso esclusivamente nei termini dell'usucapione, cioè in quanto il possesso dell'acquirente fosse qualificato da una certa durata nel tempo, peraltro brevissima: due anni per i fondi, un anno per le cose mobili. È noto che la base di sviluppo dell'usucapio classica è una regola processuale stabilita nelle XII tavole (VI, 3): « Usus auctoritas fundi biennium est, ... ceterarum rerum omnium annuus est usus » (Cicerone, top., 4, 23). La regola significa che la garanzia (auctoritas) dell'alienante (auctor) cessa dopo due anni per i fondi, dopo un anno per le cose mobili, qualora per questo periodo l'acquirente abbia avuto il possesso (usus) della cosa. Trascorso il biennio o l'anno, il possessore convenuto in rivendica da un terzo poteva contrastare il titolo fatto valere dall'avversario semplicemente affermando, sulla base del possesso, « hanc rem meam esse ex iure Quiritium », senza

che fosse più tenuto a indicare la causa e l'auctor (6). Di fronte alla controrivendica del convenuto, che a sua volta si affermava proprietario della cosa, l'attore (primo rivendicante) non era più in grado di replicare: «postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris» (cfr. Gaio, IV, 16), ma poteva replicare solo affermando e dimostrando che il convenuto aveva rubato la cosa: perché la massima delle XII tavole non valeva per il ladro, come non valeva – essendo un istituto di stretto ius civile – per lo straniero (7). L'usus non è il possesso in qualsiasi modo cominciato, ma la iusta possessio, cioè il possesso che, in quanto acquistato sine vitio, ha avuto un iustum initium. Vizioso in questo senso è il possesso del ladro,

(6) Prima della scadenza del termine, il possessore doveva dimostrare un titolo di acquisto regolare (*causa*) e il potere di disposizione del suo autore, cioè, di regola, la titolarità dell'alienante e quindi la regolarità anche del titolo di acquisto dell'*auctor*. Cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1955, 118, 354.

(7) Per quest'ultimo le XII tavole (III, 7) disponevano, come tutti sanno, «adversus hostem aeterna auctoritas (esto)» (cfr. CICERONE, *de off.*, 1, 12, 37): in qualunque tempo fosse stato convenuto in rivendica da un terzo, il *peregrinus* non poteva resistere alla pretesa dell'attore se non indicando la *causa* e l'*auctor* del suo acquisto. Nella massima citata lo straniero è preso in considerazione in qualità di terzo acquirente, e quindi la frase «adversus hostem», non ha il significato di «contro», bensì, all'opposto, significa «a favore dello straniero» (peraltro con la conseguenza sfavorevole, nei rapporti col terzo rivendicante, dell'impossibilità di invocare il limite dell'azione di rivendica collegato all'*usus*). Tanto è vero che la regola dell'*usus-auctoritas* valeva, invece, per il cittadino che avesse acquistato la cosa da uno straniero. È perciò cervellotica e priva di senso la supposizione del DAUBE, in *Cambridge Law Journ.* VI (1937), 232, secondo cui le XII tavole, parallelamente alla disposizione relativa all'*hostis*, avrebbero pure disposto «adversus furem aeterna auctoritas esto». Certo, la norma che collegava al possesso annale o biennale l'estinzione dell'*auctoritas* (garanzia dell'alienante), e quindi, in pratica, l'inattaccabilità dell'acquisto del terzo possessore, non valeva per il ladro: ma in questo caso per la semplice ragione che il ladro non ha un *auctor*, onde non è concepibile un'*auctoritas* in suo favore. L'«alia ratio» di esclusione del ladro dall'usucapione, indicata da Gaio, II, 49 («quia scilicet mala fide possidet»), non si adatta al diritto originario delle XII tavole.

conseguito mediante sottrazione clandestina della cosa alla sfera di custodia del precedente possessore (amotio rei), ma non il possesso del terzo che acquista pubblicamente la cosa rubata. Secondo il diritto originario delle XII tavole, la regola dell'usus-auctoritas non era applicabile nei rapporti col ladro, mentre il fatto oggettivo della provenienza della cosa da furto non era rilevante per escluderla nei rapporti col terzo acquirente. Né aveva importanza la buona o mala fede del terzo, cioè l'ignoranza o la consapevolezza di acquistare una cosa rubata. Il requisito della buona fede implica una analisi psicologica estranea alle esigenze del diritto primitivo, il quale prende in considerazione soltanto gli elementi materiali ed esteriori dei fenomeni sociali.

Quando, col progressivo affinamento del pensiero giuridico, il concetto di proprietà si separò dal possesso (8), la regola dell'usus-auctoritas, originariamente istituita in funzione di limite (processuale) dell'azione di rivendica, attraverso l'interpretatio prudentium si trasformò in una regola di diritto materiale, per cui l'usus si qualificò come autonomo modo di acquisto della proprietà (usucapio), ossia come modo di acquisto originario, indipendente dalla titolarità dell'alienante (9). L'effetto primario e immediato dell'usus (annale o biennale) non è più l'estinzione dell'obbligo del venditore

(8) Si ricordi il noto passo di Paolo, lib. 54 ad ed., D. 41, 2, 1, 1: «Dominium rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait».

(9) In termini di usucapione, senza riferimento all'*auctoritas*, la massima delle XII tavole è riferita da Gaio, II, 42, 54.

di assistere il compratore nel giudizio instaurato dal terzo rivendicante (effetto processuale), bensì è la capio rei (effetto sostanziale) con conseguente perdita del diritto da parte dell'antico proprietario, mentre l'estinzione dell'auctoritas è un effetto riflesso, «perché ormai il compratore aveva nell'usucapione un titolo di proprietà valevole adversus omnes» (cfr. Arangio-Ruiz, La compravendita in dir. rom., II, Napoli 1954, 313).

Insieme con questa trasformazione della regola processuale delle XII tavole in una norma materiale di acquisto della proprietà mediante il possesso, si avviò un processo di progressivo restringimento della portata della regola medesima.

Come si è detto, secondo il diritto delle XII tavole anche le res furtivae potevano essere usucapite da parte del terzo possessore (acquirente, immediato o mediato, dal ladro), purché la sua possessio fosse iusta, cioè acquistata nec vi, nec clam. La regola opposta fu stabilita dalla lex Atinia, emanata verso il principio (o, in base a un altro calcolo, intorno alla metà) del II secolo a.C.: «quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto». Non solo il ladro, ma nessun altro fu più ammesso ad usucapire la cosa rubata. Questo sviluppo è una scoperta della dottrina romanistica moderna, mentre la dottrina tradizionale, tratta in inganno da alcuni passi delle fonti, ritiene che la regola della non usucapibilità delle res furtivae risalga all'originario diritto decemvirale. Giuliano (D. 41, 3, 33 pr.) insegna che all'usucapione delle cose rubate osta la «lex duodecim tabularum vel Atinia», e sulle orme di questo passo anche Giu-

stiniano (Inst. 2, 6, 2) dice che «furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem», quasi che la lex Atinia fosse una semplice ripetizione di una regola già stabilita dalle XII tavole. Addirittura Gaio (II, 45 e 49) fa risalire alle XII tavole la non usucapibilità delle cose provenienti da furto, senza nemmeno nominare la lex Atinia: «rem furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet». Ma che la lex Atinia non sia stata emanata semplicemente per confermare una regola già esistente nel diritto precedente è dimostrato da Aulo Gellio (noctes att., 17, 7) là dove, dopo avere riferito il testo della legge, ci informa di una disputa tra i giuristi P. Mucio Scevola, Bruto e Manilio sul punto se la legge fosse o no retroattiva, si applicasse ai soli furta post eam facta o anche ai furta ante facta. Inoltre nel Digesto si trova un passo di Paolo (D. 41, 3, 4, 6), certamente più genuino di quello di Giuliano, nel quale il giurista fa riferimento alla sola lex Atinia come fonte della norma che proibiva l'usucapione delle cose furtive (10).

---

(10) Non è qui il caso di soffermarsi sui tentativi di spiegazione dell'inesattezza del passo di Gaio. Egli non ignorava lo stato dell'antico diritto decemvirale: era uno dei pochi giuristi del suo tempo che avevano ancora una conoscenza diretta del testo delle XII tavole, sulle quali anzi scrisse un commentario, di cui qualche frammento è tramandato nel Digesto giustinianeo. Un autore (Huvelin), argomentando dalla frase «quod vulgo dicitur», suppone che Gaio si limiti a riferire un'erronea opinione diffusa nel «volgo», cioè tra i pratici. Più plausibile sembra l'ipotesi del Lübtow, *op. cit.*, 134, secondo cui il testo di Gaio, e così quello di Giuliano, sarebbero stati manipolati da un glossatore postclassico, in omaggio alla tendenza arcaizzante della scuola giuridica di questo periodo. Sul rapporto tra le XII Tavole e la lex Atinia cfr. da ultimo, nel senso del testo, Mayer-Maly, in *Studi in onore di Betti*, III, Milano 1962, 451 ss., anche per il problema della datazione della legge (ivi, 457 ss.).

Dopo questa legge il limite dell'usucapione collegato al furto non si impernia più sulla qualità soggettiva di ladro del possessore convenuto in rivendica, bensì sulla furtività considerata come qualità oggettiva della cosa, che la rende inabile per se stessa all'usucapione e non può cessare se non mediante la reversio della cosa in potestatem domini (11). Successivamente, la lex Iulia et Plautia del primo secolo a.C. equiparò alle res furtivae le cose sottratte con violenza (12): « cum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est » (13).

Dopo queste leggi il rivendicante non aveva più bisogno di dimostrare che il convenuto – possessore della cosa mobile da oltre un anno – aveva rubato la cosa (cioè di identificarlo col ladro), ma era sufficiente che fosse provata la provenienza della cosa da furto: di fronte a tale prova il convenuto non aveva altro rimedio all'infuori della chiamata in garanzia del suo autore (soggetto, in ragione della furtività della cosa, a un'aeterna auctoritas).

---

(11) Secondo la lex Atinia era sufficiente la *reversio* della cosa al derubato, anche se costui non fosse il proprietario. L'interpretazione del requisito nel senso della necessità della *reversio ad dominum* anche quando la cosa fosse stata rubata a un possessore *nomine alieno* (comodatario, depositario, creditore pignoratizio, ecc.), è posteriore. Cfr. il passo già citato di Paolo, D. 41, 3, 4, 6: « Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui subreptum est: igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet » (cfr. anche D. 50, 16, 215; e già Labeone: D. 41, 3, 49).

(12) Cfr. ancora Gaio, II, 45 e le Istituzioni di Giustiniano, 2, 6, 2. In realtà si tratta di due leggi: *lex Plautia de vi*, emanata tra il 78 e il 63 a.C., e seguita più tardi da una *lex Julia de vi*.

(13) Papiniano, D. 47, 2, 81 (80), 3. E vedi anche Ulpiano, D. 4, 2, 14, 12 e D. 47, 8, 2, 10, il quale riferisce l'insegnamento di Giuliano (« Julianus scribit eum qui rapit furem esse improbiorem »), conforme a Gaio, III, 209.

Ma l'evoluzione del diritto romano non si fermò qui. Quando a un'economia prevalentemente di consumo, chiusa nell'ambito familiare, subentrò un'economia più aperta agli scambi, l'originario concetto di furto, limitato ai casi di sottrazione della cosa invito domino, non parve più sufficiente alla tutela della proprietà. L'economia di scambio è caratterizzata da una maggiore frequenza dei casi di affidamento delle cose mobili ad altri sulla base di rapporti di mandato, deposito, locazione, trasporto, comodato ecc. o di un rapporto di locazione d'opera (ai fini della riparazione o della trasformazione della cosa), e quindi da un maggiore pericolo di perderne il possesso a causa di un abuso di fiducia da parte di colui al quale la cosa è stata affidata. Questa preoccupazione (che segna, come vedremo, una netta differenziazione del diritto romano classico dal diritto germanico, mentre la differenza si attenua notevolmente se il confronto si istituisce col diritto romano antico) determinò un'estensione del concetto di furto, in guisa da qualificare furtive, e come tali non suscettibili di usucapione, anche le cose che fossero state alienate da colui al quale erano state affidate dal proprietario (cioè alienate da un locatario, comodatario, depositario, vettore, ecc.). L'appropriazione indebita configura una fattispecie delittuosa diversa dal furto in senso proprio: in questi casi, per dirla con Trifonino, D. 26, 7, 55, 1, colui che si appropria della cosa altrui affidatagli, « non tam invito domino contrectare eam (rem) videtur quam perfide agere ». Tuttavia, se l'appropriazione indebita viene consumata mediante alienazione e consegna della cosa a un terzo, allora il delitto commesso dal detentore che,

violando la fides commessagli, ha spogliato il dominus del possesso, integra una contrectatio rei che macchia il possesso del terzo e dei successivi acquirenti come se provenisse da furto.

L'estensione del regime del furto all'appropriazione indebita è una conseguenza del processo di spiritualizzazione del concetto di possesso, che conduce a distinguere tra possesso e detenzione, e quindi ad ammettere la possibilità di un possesso solo animo: il locatore, il deponente, il comodante ecc., pur consegnando ad altri la cosa, retinet possessionem, cioè continua a possedere la cosa per mezzo del locatario, del depositario, del comodatario, ecc., il quale possiede nomine alieno (cfr. Gaio IV, 153, e J. 4, 15, 5), nel senso che riconosce l'altrui diritto di signoria sulla cosa (14). Perciò, se il detentore aliena in mala fede la cosa mobile, la traditio al terzo acquirente, in quanto spoglia il dominus del possesso e quindi integra una contrectatio rei, viene dai romani equiparata al furto (15). Quando questa evoluzione si sia compiuta, se prima o dopo la lex Atinia, non è dato sapere con certezza (16); certo si è che risulta

(14) In questo senso Papiniano, D. 41, 2, 49, insegna che «possessio non tantum corporis, sed et iuris est». A differenza dell'antico *usus*, essenzialmente legato all'elemento fisico (obiettivo) della signoria materiale sulla cosa, il possesso può essere una realtà puramente normativa, cioè una valutazione indipendente dal *corpus possessionis* e coordinata esclusivamente all'*animus* delle parti del rapporto in base al quale è avvenuto il trasferimento della disponibilità materiale della cosa.

(15) Cfr. Paolo, D. 41, 2, 3, 18: «Si rem meam apud te depositam emptori tradideris et ita furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere».

(16) Se fosse vera la seconda ipotesi, cioè che l'estensione del concetto di furto all'appropriazione indebita fu posteriore alla lex Atinia, anche il diritto romano, in una certa fase del suo sviluppo, avrebbe conosciuto in tema di rivendica mobiliare la distinzione fra perdita volontaria e perdita involontaria del possesso, di cui si vedrà l'importanza fondamentale nel diritto germanico.

chiaramente dalle fonti e che ai giuristi classici non sfuggiva la portata grandemente restrittiva che essa aveva in ordine alla possibilità di acquisto a non domino delle cose mobili: «unde in rebus mobilibus – osserva Gaio, II, 50 (= J. 2, 6, 3) – non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit».

La lex Atinia e l'ampliamento del concetto di furto portarono così a un energico rafforzamento della protezione del proprietario. Come modo di acquisto a non domino l'usucapione annale delle cose mobili si ridusse a un fenomeno marginale, che poteva verificarsi soltanto nei casi (non frequenti) di alienazione compiuta dal detentore in buona fede («furtum enim sine affectu furandi non committitur»). Lo stesso Gaio porta ad esempio il caso dell'erede del depositario, il quale aliena la cosa altrui ignorando che essa era stata ricevuta in deposito dal defunto (cfr. l'art. 1776 del nostro codice).

Ma nell'assetto definitivo dell'istituto, oltre che al presupposto della iusta possessio, nel senso di possesso acquistato senza lesione dell'altrui possesso, la usucapione fu subordinata all'esistenza di una iusta causa e della bona fides. Nel diritto antico, il possessore convenuto in rivendica, qualora dimostrasse di avere posseduto la cosa per un anno o, rispettivamente, per un biennio, non era più tenuto a nominare la causa e l'auctor del suo acquisto, cioè a provare la regolarità del suo

titolo e di quello del suo autore: egli doveva restituire la cosa soltanto se l'attore dimostrava gli estremi di una delle eccezioni alla regola dell'usus-auctoritas, ossia un caso di aeterna auctoritas, in particolare il caso di furto. Nella prima repubblica l'usucapione fu ulteriormente limitata con l'imposizione al possessore, pur dopo il decorso di uno o due anni, dell'onere di provare almeno la regolarità del proprio titolo d'acquisto, cioè appunto la iusta causa. Secondo l'opinione dominante, il requisito della bona fides fu introdotto successivamente, nella tarda repubblica (cfr., per tutti, Kaser, op. cit., 354; contro Voci, in Studia et doc. hist. et iuris 1949, 274 ss.).

7. Dall'esposizione che precede, benché condotta con riguardo precipuo alle cose mobili, risulta come il diritto romano fosse caratterizzato da un ordinamento fondamentalmente unitario dei diritti sulle cose, sia mobili che immobili. Il processo di astrazione del diritto dal fatto materiale del possesso si compie con non minore forza per i mobili che per gli immobili, così che rispetto a quelli non meno che a questi si afferma la tutela della proprietà costituita dall'azione di rivendica. La distinzione tra cose mobili e immobili ha un rilievo secondario, in quanto viene presa in considerazione solo in vista di un diverso termine dell'usucapione, nella quale incontra un limite l'azione di rivendica del proprietario che ha perduto il possesso della cosa. Tale limite, in origine assai penetrante, fu progressivamente ridotto entro confini sempre più rigorosi.

E in questo sviluppo, che per le cose mobili si riassume peculiarmente nel divieto di usucapione delle res furtivae, definito alla stregua di un ampio concetto di furto comprendente l'appropriazione indebita, la distinzione acquista indirettamente maggiore importanza, dato che solo la circolazione delle cose mobili può essere viziata dalla provenienza furtiva. L'insuccesso del tentativo di applicare la nozione di furto agli immobili (cfr. Gaio, II, 51 e D. 41, 3, 38, nonché J. 2, 6, 7) portò al risultato di una minore tutela del proprietario di un fondo rispetto al proprietario di una cosa mobile. La rivendica mobiliare raramente sopporta l'eccezione di usucapione, onde si può ben dire, per le cose mobili, che il diritto romano è dominato dal principio «ubi rem meam invenio ibi vindico» (17).

Un simile risultato può apparire paradossale alla mentalità moderna preoccupata dall'esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi acquirenti, in vista della sicurezza del commercio: esigenza che si manifesta assai più imperiosa per il commercio mobiliare che per quello immobiliare. Ma non è il favor commercii il motivo ispiratore dell'usucapio classica, sebbene la brevità dei termini possa, a prima vista, suggerire questa valutazione. Impostato il problema alla maniera dei moderni, come problema di prevalenza dell'interesse alla sicurezza statica dei diritti o dell'interesse alla sicurezza dinamica

---

(17) Così formulata la massima non si trova nelle fonti. Si tratta di un rifacimento, a modo di brocardo limitato alle cose mobili, e in vista di un confronto col diritto germanico, di un frammento ulpianeo in D. 6, 1, 9: «ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere», riferito a tutte le cose, mobili e immobili

della circolazione giuridica, la risposta dei romani è nettamente nel primo senso: al punto che al loro sentimento giuridico appare ingiustificata (incivilis) non solo la pretesa del terzo acquirente di far valere la buona fede come ragione di acquisto immediato del diritto, ma anche la pretesa più moderata di non essere tenuto a restituire la cosa al rivendicante se non mediante rimborso del prezzo sborsato per l'acquisto (18). Nell'acquirente a non domino i romani vedono in ogni caso per lo meno un incauto, immeritevole come tale di protezione (nei rapporti, s'intende, col proprietario).

La ratio politica dell'usucapio classica, pur nelle ipotesi (e sono le più frequenti) nelle quali opera come modo di acquisto a non domino, è piuttosto l'interesse collettivo alla certezza dei rapporti giuridici e quindi alla diminuzione delle occasioni di liti. La brevità dei termini dà la misura della sensibilità dei romani a quest'altra esigenza (19), messa in luce da Gaio, D. 41, 3, 1: « Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet [quarundam] rerum diu [et fere semper] incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas [statuti temporis] <anni aut biennii> spatium » (20).

(18) Cfr. la cost. 2 C. *de furtis*, 6, 2, degli imperatori Severo e Antonino (205 d.C.): « Incivilem rem desideratis, ut agnitas res furtivas non prius reddatis, quam pretium fuerit solutum a dominis. Curate igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna huiusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis ».

(19) Questa sensibilità si attenua nel diritto giustinianeo, che elevò i termini di usucapione a tre anni per le cose mobili, a dieci anni (*inter praesentes*) o venti (*inter absentes*) per gli immobili (cost. del 531 d.C. in C. 7, 31, 1, e v. l'esposizione della riforma in J. 1, 2, 6 pr.).

(20) Connessa all'interesse di certezza dei rapporti giuridici è l'esigenza della pace sociale espressa da Nerazio, D. 41, 10, 5 (« ... ut aliquis litium finis esset »).

8. In contrapposto allo sviluppo della rei vindicatio nel diritto romano, l'antico ordinamento germanico della proprietà mobiliare è caratterizzato dall'assenza dell'azione di rivendica (21). Anche per le cose mobili i Germani conoscono perfettamente il concetto di proprietà (cioè il concetto di « mio »), e anzi solo di queste cose tendono in origine ad ammettere l'appropriazione individuale: ma essi non sono riusciti a concepire la proprietà mobiliare separatamente dal possesso, dall'esercizio materiale del diritto. Il proprietario è protetto soltanto dalle azioni a difesa della « Gewe-

(21) Questa caratteristica è un aspetto di una contrapposizione radicale. Mentre il diritto romano è tendenzialmente orientato verso una disciplina unitaria dei diritti sulle cose, nel diritto germanico assume importanza fondamentale la distinzione tra cose immobili e cose mobili, alla quale corrispondono due separati ordinamenti (*Liegenschaftsrecht* e *Fahrnissrecht*). Sulle ragioni della separazione non è possibile qui indugiare. Esse vanno cercate nell'organizzazione politico-sociale dei popoli germanici e nel connesso istituto della comunione familiare (*Hausgemeinschaft*), da cui deriva la *Markgenossenschaft*, comunità più ampia, nella quale al posto del vincolo di sangue subentra il vincolo di vicinato. Questi istituti implicano una comunione di proprietà della terra; solo per le cose mobili era ammessa in origine l'appropriazione individuale. Più tardi, quando la proprietà individuale si afferma anche per gli immobili, la distinzione si ricollega all'importanza decisiva che nella società medievale assume il possesso della terra, condizione non solo di vita, ma altresì dell'esercizio del potere. Chi ha la terra ha il potere, e in questo senso si spiega il disprezzo professato dall'aristocrazia feudale per la ricchezza mobiliare (*res mobilis res vilis; mobilium vilis possessio*), non già nel senso (assurdo) che le cose mobili fossero ritenute prive di valore economico. La distinzione si consolidò definitivamente con l'istituzione di un sistema di pubblicità, in appositi libri (libri fondiari), delle vicende dei diritti sugli immobili. Essa conserva importanza fondamentale anche nell'ordinamento tedesco moderno, sempre in collegamento con il *Grundbuch*, mentre la dottrina italiana e francese tende a svalutarla. Cfr. ARAICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli 1960, 27, nota 54, e qui citazioni. Ma questa svalutazione non può andare oltre certi limiti. Vero è che nel nostro ordinamento la distinzione tra cose immobili e mobili non incide così profondamente da impedire una ricostruzione unitaria di tutti i diritti reali.

re » (22), che è un « rapporto esteriore della persona con la cosa » (O. von Gierke, Deutsches Privatrecht, II, Sachenrecht, Leipzig 1905, § 113, p. 187), la forma esteriore e indifferenziata del diritto sulla cosa, materializzato nella disponibilità fisica. La Gewere implica dunque una situazione di fatto, corrispondente all'antico concetto romano di usus, anteriore allo sviluppo della distinzione tra possesso e detenzione, cioè spoglio di ogni considerazione circa l'animus di colui che ha la cosa nella sua sfera di controllo. Ma la Gewere non è soltanto una situazione di fatto (giuridicamente rilevante), bensì costituisce colui che ne è investito in una situazione giuridica autonoma, e in questo senso è un « diritto reale formale », indipendente dalla titolarità sostanziale e termine di riferimento esclusivo della tutela processuale. L'azione a difesa della Gewere, nelle due forme dell'Anefangsklage (23) e della schlichte

(22) Il termine « Gewere », da taluno erroneamente messo in relazione con la parola tedesca moderna *Wehr* (arma) o con *Gewähr* (garanzia), è invece il sostantivo dell'antico verbo tedesco *wern*, corrispondente al latino *vestire* o *investire* e al francese *saisir* (il cui sostantivo è *saisine*). Gewere significa dunque « vestitura » o « investitura », esprime una valutazione della signoria materiale sulla cosa come *stato* di investitura formale nel diritto (*in vestitura esse*). Corrispondentemente la consegna (*traditio* dei romani) era l'*atto* di investitura.

(23) L'azione è così denominata dall'atto (*Anefang* o, con grafia moderna, *Anevang*) con cui prendeva inizio la procedura. *Anefangen* (corrispondente al moderno « anfassen ») significava afferrare, prendere con la mano. Il derubato, che trovava presso un terzo la cosa furtiva, metteva la mano sopra di essa e con questa forma solenne dichiarava di riconoscere in essa la cosa sua, che gli era stata rubata (cfr. la lex ribuaria, 33, 1: « si quis rem suam cognoverit, mittat manum super eam »). Il secondo atto della procedura, sempre da parte del « rivendicante », era diretto a provocare il convenuto alla *laudatio auctoris*, cioè alla chiamata in garanzia del suo autore, nelle mani del quale (c.d. terza mano) doveva rimettere la cosa. Questo atto nelle prime fonti germaniche in lingua latina è denominato « mittere (eum, cioè il convenuto) in tertiam manum » (lex salica, 49, 1) o « intertiare » (lex ribuaria, 33, 1),

Klage, non è una semplice azione possessoria, ma un'azione petitoria, benché nettamente diversa dalla romana rei vindicatio, spettante al proprietario in quanto tale e fondata esclusivamente sull'affermazione « hanc rem meam esse ».

L'indifferenziazione tra proprietà e possesso comporta che il torto lamentato dall'attore e di cui si domanda riparazione al giudice non può essere la violazione dell'astratto diritto di proprietà per sé considerato, ma deve consistere nell'estromissione dal rapporto materiale con la cosa contro la propria volontà, ossia nella violazione (spoglio illegittimo) della Gewere. Perciò non basta che l'attore deduca « questa cosa è mia »,

onde l'Anefangsklage è designata in queste fonti col nome di *intertiatio* (francese: *enterciement*). Se il convenuto, invitato a « querere tertiam manum », adduceva in giudizio il suo dante causa, il medesimo processo incominciava di nuovo contro quest'ultimo, e così di mano in mano si risaliva al ladro o comunque a un alienante che non fosse in grado di indicare il proprio autore. Il convenuto che non fosse in grado di rimettere la cosa nelle mani del suo autore (garante), doveva senz'altro renderla al rivendicante e soggiaceva alla pena del furto: di qui il divieto di acquisto da uno sconosciuto, sancito per es. nella legge dei Visigoti, VII, 2, 8. A questa pena, però, l'acquirente da uno sconosciuto sfuggiva se dimostrava la notorietà del suo acquisto mediante sicuri fidefacienti (allora, dispone la lex ribuaria, 33, 4, « ipsam rem sine damno reddat »). Più tardi, qualora dimostrasse di avere acquistato la cosa in un pubblico mercato (« auf offenem Markt »), gli fu riconosciuto il diritto di pretendere dal rivendicante il rimborso del prezzo pagato, in sostituzione dell'azione di regresso contro l'alienante, in ipotesi rimasto sconosciuto (cfr. Meyer, *Das Publizitätsprinzip im deutschen bürg. Recht*, München 1909, 73 ss., spec. 78). Questa limitazione della perseguibilità delle cose furtive, mentre in Francia fu ammessa in generale (v. sotto, nota 33), nei paesi tedeschi fu riconosciuta solo sporadicamente, e in definitiva è rimasta estranea alla tradizione del diritto germanico, come dimostrano il § 367 del codice civile austriaco e il § 935, comma 2° del codice tedesco (v. sotto, nota 43).

Lo « schlichte Klage » era una variante della stessa azione, negativamente qualificata dal fatto che era introdotta senza l'atto solenne dell'Anefang. Ciò comportava alcune conseguenze, in parte favorevoli, in parte sfavorevoli all'attore, sulle quali non è il caso di soffermarsi.

ma deve allegare e provare che « la cosa era sua (nel senso che ne aveva la Gewere) e gli è stata rubata » (24).

D'altra parte, secondo il pensiero del diritto germanico, che per i mobili non ammette il possesso « solo animo », una « contrectatio rei » può essere consumata soltanto mediante furto in senso stretto e proprio (corrispondente al tedesco Diebsthal) o rapina. Si giunse ad equiparare al furto l'appropriazione di cosa smarrita, ma oltre non si andò. Al diritto germanico è rimasta sconosciuta l'estensione del concetto di furto all'appropriazione indebita, compiuta dai romani sulla base della distinzione tra possesso e detenzione, la quale richiede un'analisi psicologica superiore alla cultura dei popoli primitivi. Per le cose mobili la Gewere rimane essenzialmente legata all'elemento obiettivo della disponibilità fisica della cosa. Se il proprietario consegna ad altri la cosa a qualunque titolo, anche a un titolo qualificato dall'obbligo di restituzione (locazione, comodato, dazione in pegno, ecc.), egli si spoglia della Gewere e, con essa, della tutela giuridica contro i terzi, la quale non è accordata al diritto reale come tale, ma soltanto al diritto che si manifesta nella forma della Gewere (25). Di conseguenza:

a) se la cosa viene rubata al locatario, comodatario, depositario, ecc., a costui soltanto, non al proprietario (locatore, comodante, deponente, ecc.), spetta l'azione reale per il ricupero della cosa. Questo primo aspetto della disciplina della « rivendica » mobiliare nell'antico diritto germanico è documentato già dalle leggi barbariche: cfr. la legge dei Visigoti, V, 5, 3; la legge dei Bavari, XV, 4, e la legge n. 131 si quis comendaverit di Liutprando, del 733 d.C. (in Padelletti, op. cit., 267);

b) se colui al quale il proprietario ha affidato la cosa (con ciò privandosi volontariamente della Gewere) abusa della fiducia e aliena la cosa a un terzo, il possesso dell'acquirente è inattaccabile, indipendentemente dalla buona o mala fede, ossia dalla circostanza che il terzo, al momento della consegna, conoscesse l'abuso di fiducia commesso dall'alienante (la contraria opinione del Goldschmidt, in Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht VIII [1885], 256, 258 s., è rimasta isolata). Importa soltanto il fatto oggettivo della non provenienza da furto della cosa acquistata, cioè il fatto che essa è stata alienata da un soggetto investito della Gewere per volontà del proprietario. Tale presupposto implica la notorietà dell'acquisto del terzo, ed è probabile che il Goldschmidt abbia confuso questo carattere oggettivo con l'elemento soggettivo della buona fede (cfr. Regelsberger, in Jherings Jahrb. 1904, 349).

(24) Cfr. il formulario giudiziale dello statuto della città di Vienna, art. 78, riferito da Lübrow, *op. cit.*, 180. Per le fonti in lingua latina cfr. specialmente l'*expositio ad edictum Rotharis* (scritta intorno al 1070 da un ignoto giurista pavese), cap. 232, §§ 5 e 7 (in Padelletti, *Fontes iuris italici medii aevi*, I, Augustae Taur. 1877, 122): « Mos est, ut qui caballum intertiat iuret, caballum suum proprium, neque ulla alienatione, qua eum carere debeat, esse alienatum, sed furtive ei abstractus fuerit ». Vedi pure lo statuto della città di Friburgo in Brisgovia, dell'anno 1120, § 28: « Nemo rem sibi quoquo modo sublatam vendicare potest, nisi juramento probaverit sibi furto vel preda ablatam » (riferito da Apeldoorn, *Mobilia non habent sequelam*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1932, 152).

(25) Perciò, secondo la concezione originaria del diritto germanico, anche il locatario, il comodatario, il depositario di una cosa mobile, in quanto investiti della Gewere, si trovavano in una posizione di diritto reale rispetto alla cosa. Cfr. Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, II, Leipzig 1886, 9 s.

In entrambi i casi il proprietario non ha altra tutela all'infuori dell'azione personale di restituzione (in natura o per equivalente) contro il locatario, comodatario, ecc., fondata sul contratto. Questa regola, compiutamente formulata nello Sachsenspiegel (26) – compilazione privata del diritto sassone redatta tra il 1215 e il 1235 dal cavaliere e scabino Eike von Repkow (27) –, è riflessa nel celebre proverbio giuridico tedesco «Hand wahre Hand» o «Hand muss Hand wahren» (28), mentre il corrispondente brocardo francese «meubles ne ont point de suite» (mobilia non habent sequelam) esprime piuttosto il fondamento, la ragione della regola. Essa ha appunto un fondamento processuale, costituito dalla mancanza dell'azione di rivendica (nel senso romano) a tutela della proprietà delle cose mobili. Non al proprietario come tale, ma al titolare della Gewere, qualunque sia il titolo in forza del quale ha conseguito l'investitura formale nel diritto sulla cosa, è accordata la azione reale (petitoria) contro il terzo possessore. E appunto perché predisposta a tutela della Gewere, la azione è subordinata al concorso degli estremi della

(26) *Landrecht*, II, 60, § 1: «Se uno dà in prestito o in pegno a un altro un cavallo, un vestito o qualunque altra cosa mobile, se questi la vende oppure la cosa gli viene rubata o rapinata, quegli non può perciò avere alcuna pretesa se non contro colui al quale ha prestato o dato in pegno la cosa».

(27) Nella prefazione l'autore spiega che il suo libro deve chiamarsi «Specchio dei sassoni» perché «in esso si conosce il diritto sassone come in uno specchio le dame scrutano il loro volto».

(28) Il proverbio si trova formulato nell'art. 69 del Biliwärder Landrecht (fine sec. XIV), riportato da PLANITZ, *Quellenbuch*, Graz 1948, n. 487, p. 148. Esso vuol dire: la mano (*Hand*) in cui si è deposta la Gewere (cioè, colui al quale si è affidata la cosa), deve garantirne (*wahren*) la restituzione, ma il proprietario (l'altra mano) non ha altra tutela oltre a questa azione di restituzione contro il fiduciario (ossia non ha azione contro i terzi).

violazione della Gewere, cioè compete solo nel caso di spossessamento involontario, in seguito a furto, smarrimento o rapina. In questo caso la cosa può essere «rivendicata» anche presso il terzo di buona fede, che l'abbia acquistata ignorandone la provenienza da furto o rapina. La protezione della buona fede dei terzi acquirenti è un'idea estranea all'antico diritto germanico. La regola «Hand wahre Hand» non era originariamente destinata alla tutela dei terzi, ma era piuttosto il portato dell'ordinamento processuale dei diritti sulle cose mobili, il quale avvantaggiava indirettamente i terzi acquirenti di cose non rubate né smarrite, mettendoli al riparo da ogni pretesa di restituzione.

Più tardi, quando col declino del principio processuale «mobilia non habent sequelam» si oscurò il fondamento originario della regola, si cercò una giustificazione razionalistica nell'idea di un'autoresponsabilità del proprietario per l'incauto affidamento della cosa. Il diniego dell'azione petitoria contro il terzo acquirente fu giustificato con la paromia «Wo du deinen Glauben gelassen hast, da musst du ihn suchen» (dove hai riposto la tua fiducia, ivi devi cercarla). Questa spiegazione, arbitraria e anche contraddittoria, codificata nello statuto riformato della città di Lubecca del 1586 (III, 2, art. 2), si legge, per esempio, già nella Summa legum del c. d. dr. Raymundus di Wiener-Neustadt, II, 34: «Imputent igitur sibi ipsis, qui infidelibus hominibus bona eorum (sua) committunt» (ediz. Gál, Weimar 1926, I, 292 s.).

9. Il rinascimento del diritto romano (secoli XII e XIII) e la «recezione» nei paesi tedeschi riuscirono a

limitare, ma non a impedire il trapasso nel diritto moderno dei principi del diritto germanico in materia di rivendica delle cose mobili. Sorti nell'ambito di un ordinamento processuale ormai superato dalla presa di coscienza della distinzione tra proprietà e possesso e dal conseguente riconoscimento al proprietario come tale di una tutela reale (azione di rivendica nel senso romano) indipendente dalla Gewere, quei principi furono rielaborati sul terreno del diritto sostanziale per la protezione della sicurezza del traffico mobiliare. Con questa esigenza, determinata in misura crescente dal fiorire dell'industria e dall'incremento del commercio, dovette scendere a patti il principio romano « ubi rem meam invenio, ibi vindico ». Fu conservata la distinzione tra perdita involontaria e perdita volontaria del possesso, cioè non fu accolto l'ampio concetto romano di furto che praticamente rendeva irrilevante il modo con cui la cosa era uscita dalla sfera di controllo del proprietario. Solo si allargò la prima ipotesi, equiparando al furto o allo smarrimento patiti dallo stesso proprietario il furto o lo smarrimento patiti da colui al quale il proprietario aveva affidato la cosa (locatario, comodatario, ecc.): contrariamente alla norma originaria, ribadita nello Sachsenspiegel, anche nel secondo caso fu accordata al proprietario (locatore, comodante, deponente, ecc.) l'azione di rivendica contro il terzo possessore. Questa fu la prima innovazione che alterò le linee dell'originario sistema della rivendica mobiliare: essa risale allo <u>Schwabenspiegel</u>, esposizione del diritto svevo redatta tra il 1260 e il 1275, e quindi di poco poste-

riore allo « Specchio sassone » (cfr. Beseler, in <u>Studi in onore di E. Besta</u>, I, Milano 1939, 202, e vedi il § 935 del codice civile tedesco).

Il concetto di spossessamento volontario fu così limitato al caso di abuso di fiducia commesso dal detentore infedele (alienazione della cosa a un terzo). In questo caso, il compromesso tra il principio romano della rivendica e l'opposto principio germanico « mobilia non habent sequelam » si stabilì mediante una rielaborazione delle condizioni di tutela del terzo possessore, la quale fu subordinata ai requisiti dell'usucapio classica, la giusta causa (<u>guter Titel</u>) e la buona fede (<u>guter Glaube</u>); ferma restando però, secondo la direttiva della regola « Hand wahre Hand », l'immediatezza della tutela, cioè l'operatività di questa indipendentemente dall'elemento, caratteristico dell'usucapione, della durata del possesso per un certo tempo. Il compromesso fu giustificato, da un lato (per il limite che comportava all'azione di rivendica), col richiamo all'<u>utilitas commerciorum</u>, dall'altro lato (per i limiti posti alla tutela del terzo), col richiamo alla ragione e all'equità, le quali comandano « non aliter tertium possessorem tutum esse, quam si bona fide et justo titulo dominii translativo, nesciens rem alienam, sed putans alienantis esse acceperit, cum iniquum sit, aliquem ex dolo aut mala fide lucrari » (così scrive il Mevius, nel suo <u>Commentarius in ius lubecense</u>, citato da Lübtow, op. cit., 193 s.).

Non sempre la tutela del terzo consiste nel diniego assoluto al proprietario della pretesa di restituzione della cosa. In alcuni ordinamenti, di cui l'esempio prin-

cipale è fornito dallo statuto riformato della città di Lubecca del 1586 (cfr. Goldschmidt, in Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht, VIII [1885], 261 nota 7; Lübtow, op. cit., 191), l'azione di rivendica era ammessa anche contro il terzo possessore con giusto titolo e di buona fede, ma subordinatamente al c. d. Lösungsrecht (in contrasto con la legge incivilem del Codice giustinianeo, 6, 2, 2: v. sopra, nota 18): in quanto il convenuto eccepisse di avere acquistato (in buona fede) la cosa altrui a titolo oneroso, offrendo la relativa prova, il rivendicante non poteva ottenerne la restituzione se non rimborsando al possessore la somma pagata per l'acquisto oppure la somma mutuata contro dazione della cosa in pegno (cfr. Voet, Commentarius ad Pandectas, I, Coloniae All. 1778, lib. 6, tit. 1, n. 12, p. 330, il quale annovera in questo gruppo di statuti, oltre al diritto lubecense, anche il diritto sassone e il diritto della città di Anversa). In sostanza (e senza insistere sul problema della costruzione di questo istituto, per noi ormai privo di interesse dopo il codice del 1942), l'eccezione con cui il convenuto faceva valere il diritto di rimborso trasformava l'azione di rivendica in un diritto di riscatto.

Altri statuti, invece, fra i quali il più importante era lo statuto della città di Amburgo del 1603 (cfr. Lübtow, op. cit., 190; Beseler, loco cit., 202 s.), ricostruirono la regola « Hand wahre Hand » come modo di acquisto immediato della proprietà mediante il possesso qualificato da un acquisto con giusto titolo e in buona fede. Alla stregua di questi statuti, l'antica massima dello Sachsenspiegel viene così interpretata da Samuele

Stryk: « dicitur, denegari rei vindicationem contra tertium bonae fidei possessorem, qui rem commodatam a commodatario justo titulo et bona fide acquisivit » (citato da Lübtow, op. cit., 194).

La derivazione storica dal principio « mobilia non habent sequelam » spiega la formulazione (ancor oggi tradizionale) della nuova regola nei termini processuali di una « denegatio actionis » al proprietario, cioè come eccezione concessa al terzo possessore di buona fede contro la rivendica. Ma in realtà si tratta di una regola di diritto sostanziale, che al possesso delle cose mobili, in quanto acquistato in buona fede e in base a un titolo regolare, ricollega l'effetto dell'acquisto della proprietà. La « denegatio actionis » non rappresenta una deroga formale al principio « ubi rem meam invenio, ibi vindico », ma è piuttosto la conseguenza della perdita della proprietà determinata, di riflesso, dall'adiectio dominii al terzo possessore.

Alla fine del sec. XVI, epoca di redazione degli statuti solitamente addotti a documentarlo, il processo di combinazione e di amalgama della regola « Hand wahre Hand » con l'istituto romano dell'usucapione in una parte dei paesi tedeschi si era prodotto ormai da tempo. Esso risulta compiutamente già dalla citata Summa legum del c.d. dr. Raymundus di Wiener-Neustadt. In questo compendio di diritto civile, scritto in latino popolare nella prima metà del secolo XV (l'attribuzione a un non meglio identificato doctor Raymundus Parthenopensis è falsa con tutta probabilità), la regola « Hand wahre Hand » compare coi requisiti del giusto titolo e della buona fede

propri dell'usucapione, ed è trattata sotto il titolo della prescrizione acquisitiva (cioè appunto dell'usucapione), della quale è considerata dall'autore come una ipotesi speciale caratterizzata dall'assenza del requisito della continuazione del possesso per un certo tempo: la proprietà è acquistata dal terzo possessore « etiam si non habuerit rem tempore a lege definito » (29). Questo documento, finora trascurato, è di grande interesse perché anticipa di quattro secoli sia la sistematica del codice Napoleone, dove la norma « en fait de meubles possession vaut titre », ovvero la versione francese moderna della regola « mobilia non habent sequelam », è enunciata sotto il titolo della prescrizione, sia la teoria della « prescription istantanée » (usucapione istantanea) elaborata nel secolo scorso da una parte dei commentatori del code per spiegare la natura di questo modo d'acquisto della proprietà delle cose mobili (30).

Nella Summa si legge pure, come si è già accennato alla fine del numero precedente, la giustificazione di tipo ra-

(29) È opportuno riportare l'intero passo: « Sed quid ego emo a sartore tunicam ad suendum sibi datam vel calceum a calcifice vel a rasore (pannorum) pannum ad radendum sibi datum vel a famulo alicuius domini merces sibi commissas (et sic de aliis), numquid usucapio eas? Dico quod sic: si bona fide emi ea credens (ea) fore huius, qui mihi ea vendidit, etiam si non habuero ea tempore a lege diffinito. Quia non nocet bona fide ementi mala fides vendentis, ut (dicitur in) D. (44, 3) *de divers. temp. praescr.*, l. 5 *an vitium*. Imputent igitur sibi ipsis, qui infidelibus hominibus bona eorum (*sua*) committunt; poterunt tamen veri domini ab illis infidelibus bona eorum postulare ».

(30) Cfr. MARCADÉ-PONT, *Explication théorique et pratique du code civil*, XII, Paris 1868, 349; DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, IX, Bruxelles 1854, 204 (n. 622). Questa valutazione, ripetuta nei *Motivi* (vol. III, 342) del primo progetto del codice civile germanico del 1896, ha ottenuto adesioni anche nella dottrina tedesca moderna: cfr. REGELSBERGER, in *Jherings Jahrb.* 1904, 373; STINTZING, in *Arch. civ. Praxis* 1912, 411 e 420. Sul punto si ritornerà, con qualche cenno critico, al Cap. III, nota 13.

zionalistico della regola, che fu poi ripresa dalla dottrina giusnaturalistica del secolo XVII. « Inter specialia juris nostri – scrive David Mevius (1609-1670), vicepresidente del Tribunale superiore di Wismar – et quidem e principiis illius est hoc axioma, quod cui semel quis fidem habuit res suas ei tradendo, eum in repetitione sequi necesse habet... Nostro (iure) non qui possidet ab alio acceptum a domino conveniri debet, sed qui ab hoc ex aliquo contractu, in quo fides alicuius eligitur, receperat, etsi non amplius possideat ... Quem enim sua voluntate quis accepit debitorem, eo contentus esse debet, ... quia eum admittendo approbavit ... Si fides fallitur, suae facilitati imputare debet, quod meliorem non elegerit » (riferito da Beseler, in Studi in onore di Besta, I, cit., 211). Ma a questa giustificazione ormai tradizionale, ne viene ora di rincalzo un'altra, che costituisce il nuovo motivo ispiratore della massima nel diritto moderno (non il motivo originario, come molti credono, cadendo in un errore storico). Continua il Mevius: « Non caret hoc ratione, ut non nullis visum est. Prospectum enim hac in re est commerciorum utilitati et securitati... Si enim adversum quoscumque superesset rei vindicatio, timida et incerta semper foret mercium acceptio, et inquisitio originis multas pareret difficultates et examen dominii anterioris causa et occasio foret multarum litium, quibus nihil magis obstant vigori commerciorum ». Non a caso questa ratio viene sviluppata soprattutto dai giuristi tedeschi delle città anseatiche (Mevius, Stryk, ecc.; « cumque jus Lubecense praeprimis studeat vigori commerciorum »: Stryk, Dissertationes juridicae Franco-

furtenses. II, Francofurti et Lipsiae 1743, disp. XXI, cap. VII, n. 21, p. 539) e dai giuristi olandesi (Groenewegen, Mattheus, Voet, ecc.; « Hollandia... mercaturae quam maxime studiosa »: Voet, Pand., loco cit.), cioè dai giuristi delle massime potenze commerciali di allora.

10. Nei paesi francesi di diritto consuetudinario lo sviluppo storico del regime della rivendicazione mobiliare ha un andamento diverso e abbastanza singolare. Nell'antico diritto consuetudinario, strettamente legato alla tradizione giuridica dei Franchi (salici e ripuari), la regola « meubles n'ont pas de suite » ha l'identico significato della regola « Hand wahre Hand » nei paesi di lingua tedesca. La « rivendica » dei mobili non è collegata alla proprietà come tale, ma alla saisine (equivalente del concetto tedesco di Gewere), ed è fortemente condizionata dall'originaria commistione con l'azione penale di furto. Il diritto di seguito contro il terzo possessore è rigorosamente limitato al caso di perdita involontaria della cosa per furto, rapina o smarrimento. Non basta che l'attore alleghi che la cosa è sua (nel senso che ne aveva la saisine), ma deve aggiungere che « elle est partie de soi contre son gré » (31). Dopo il secolo XIII

(31) Cfr. il *Conseil à un ami* di Pierre de Fontaines, XII, 3, il più antico trattato del diritto consuetudinario francese a noi pervenuto, scritto intorno al 1258 (si può consultarlo, nell'edizione curata dal du Cange, in appendice al- l'*Histoire de S. Louis* di J. de Joinville, Paris 1668, oppure nell'edizione critica moderna a cura di M.A. e J. Marnier, Paris 1846). Fra i documenti anteriori molto citato è un passo del libro di Jean d'Ibelin (cap. 131) sulle *Assises de la Cour des Bourgeois de Jérusalem*, raccolta di giurisprudenza redatta (tra il 1240 e il 1244) per i Francesi insediati in Palestina durante le crociate; vedilo riferito, per es., in Pertile, *Storia del diritto italiano*, III, Padova 1871, 245 nota 26.

questa regola subisce sempre più forte il contrasto del diritto romano, il quale penetra nei paesi del nord della Francia attraverso la scuola dei glossatori (32). Già alla fine del secolo XIII, nel libro di Philippe de Beaumanoir sulle coutumes di Clermont en Beauvaisis (scritto intorno al 1283), si profila abbastanza netta l'azione di rivendicazione in senso tecnico, fondata sul diritto di proprietà per sé considerato. Nel caso che la cosa locata sia rubata al locatario, Beaumanoir comincia col dire, secondo le regole del diritto germanico, che la « poursuite » della cosa appartiene al locatario, ma poi introduce il principio romano della rivendica, soggiungendo che pure il locatore « la peut poursuir ou qu'elle soit alée, car chacun a lieu de demander ce qui doit estre sien à celui qui le tient; et cil qui le tient, s'il l'a d'autrui main que de celui qui le chalenge, quiere son garant » (33). In questo passo del maggiore scrittore di

(32) La lotta col diritto romano è chiaramente segnalata da un testo della fine del secolo XV, riferito da Ripert-Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, II, Paris 1957, n. 2816. L'art. 55 dell'antica consuetudine di Bourges (in *Coutumier général* edito dal Richebourg, Paris 1724, t. III, 880) insegna che « la restituzione delle cose mobili si può domandare con quattro azioni, a titolo di prestito, di deposito (azione personale fondata su un contratto di affidamento della cosa), per furto o per rapina (azione reale fondata sulla violazione della saisine), perché, sebbene « le droict » (il diritto romano, osservato nei tribunali ecclesiastici) abbia un'altra azione chiamata rivendicazione, questa non ha luogo nelle corti laiche (« en court laye »).

(33) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ediz. critica di Am. Salmon, Paris 1899, I, n. 952 (p. 483). L'opera di Beaumanoir è importante anche sotto un altro profilo. Essa è uno dei primi documenti del riconoscimento alle fiere e ai pubblici mercati del privilegio di purgare il vizio di circolazione delle cose mobili costituito dalla provenienza furtiva (in deroga al principio, comune al diritto romano e al diritto germanico, secondo cui la furtività cessa soltanto con la *reversio ad dominum*). Nei confronti del terzo possessore, che ha acquistato in buona fede la cosa rubata in una fiera o in un pubblico mercato, dove si compra « a vista e saputa di buona gente ». Beaumanoir non ammette la riven-

diritto consuetudinario di quell'epoca l'influenza dei glossatori è manifesta. L'azione petitoria, fondata sulla violazione della saisine, cioè l'Anefangsklage del diritto germanico spettante al locatario derubato, si trasforma in un'azione possessoria di spoglio, mentre al locatore, in quanto proprietario, si riconosce la azione di rivendica nel senso romano.

All'epoca della redazione scritta delle consuetudini, promossa dall'ordinanza di Carlo VII del 1453 e cominciata agli inizi del secolo XVI, il diritto francese ha ormai perduto completamente il contatto con la regola «meubles n'ont point de suite» nel senso originario. Le consuetudini scritte la ignorano, e nessun accenno si trova nell'opera del giurista che ha dominato il pensiero giuridico francese di questo secolo, Charles Dumoulin (1500-1564). Nel filone germanico del diritto francese si produce qui una cesura che occupa un arco di quasi due secoli, durante i quali trionfa il principio romano «ubi rem meam invenio, ibi vindico». Sebbene Antonio Fabro (Antoine Faure: 1557-1624), in nota a una decisione del Senato sabaudo, di cui fu presidente, contrapponga il diritto della Savoia al diritto consuetudinario di Francia scrivendo che «apud nos non obtinet illud quod Galli dicere solent, les meubles n'avoir point de suite» (Codex fabrianus, lib. 6, tit. 27, def. 11, nota 9; ed. Coloniae All. 1765, 711), in realtà la massima non era più riferita in Francia all'azione di rivendica del proprietario, ormai ammessa senza limi-

dica se non contro rimborso del prezzo (*op. cit.*, I, n. 739, p. 380; II, n. 1049, p. 28). È la norma dell'art. 2280 cod. Nap.. riprodotta nell'art. 709 del codice italiano 1865.

ti, ma soltanto all'azione ipotecaria del creditore: stava a significare che i mobili «n'ont point de suite par hypothèque», e in questo significato speciale era codificata in varie consuetudini scritte, a cominciare da quella di Parigi (artt. 77 e 168 dell'antica consuetudine, redatta nel 1510; art. 170 della consuetudine riformata del 1580; v. pure il corrispondente art. 447 della coutume d'Orléans). La possibilità di assoggettare ad ipoteca anche le cose mobili (senza, cioè, rendere pubblico il diritto di garanzia mediante lo spossessamento del debitore), ammessa dal diritto romano, era troppo pregiudizievole alla sicurezza dei rapporti di credito. Limitatamente a questa materia, «pour la sûreté et facilité du commerce» (Pothier, Traité de l'hypothèque, ch. I, sect. II, § 1, in Oeuvres, ed. cit., V, Paris 1831, 440), fu conservata la regola germanica «mobilia non habent sequelam»: secondo alcune consuetudini del nord-ovest della Francia (Bretagna, Normandia, Anjou, Maine), essa voleva dire che l'ipoteca costituita sui mobili è fornita soltanto del diritto di prelazione, non anche del diritto di seguito presso i terzi acquirenti (c.d. ipoteca imperfetta); ma nella maggioranza delle consuetudini, fra cui Parigi e Orléans, aveva il significato più radicale di escludere l'ipotecabilità dei beni mobili (sia pure al solo effetto del diritto di prelazione), e in questo senso è ripetuta nell'art. 2119 del codice Napoleone (34).

(34) Nel diritto attuale la massima non è del tutto esatta, essendo ricomparsa l'ipoteca mobiliare (limitatamente ai mobili iscritti in pubblici registri). Fatta questa riserva, che circoscrive il valore della massima ai mobili non registrati, va precisato che il suo significato non si esaurisce in quello indicato nel testo, ma è duplice. Anzitutto, essa significa che le cose mobili pos-

Del resto, nemmeno il regime romano della rivendica mobiliare fu accolto nella sua integrità. L'azione di rivendica era ammessa in ogni caso, indipendentemente dalla volontarietà o involontarietà della perdita del possesso, salvo il diritto del terzo al rimborso del prezzo quando la cosa fosse stata acquistata in buona fede in una fiera o in un pubblico mercato o anche privatamente da un commerciante abilitato al commercio di quel

---

sono formare oggetto di garanzia reale a favore del creditore soltanto a titolo di pegno, per la cui costituzione è necessario lo spossessamento del debitore (o, più in generale, dell'oppegnorante, che può essere anche un terzo), oppure a titolo di privilegio speciale, accordato dalla legge in considerazione della causa del credito, ma subordinatamente a una particolare localizzazione delle cose su cui cade (cfr. art. 2747, comma 2°, c.c.).

Ma la massima ha un altro significato, riferibile non all'ipoteca in senso tecnico, bensì all'ipoteca nel senso generico in cui il termine in passato era usato per designare qualunque garanzia reale. In questo ulteriore significato la massima vuol dire che i creditori muniti di garanzia specifica (privilegio o pegno) su una cosa mobile del debitore, non hanno il «diritto di seguito», cioè non possono espropriare la cosa presso il terzo acquirente (salva l'azione revocatoria). La particolare localizzazione della cosa (che non è necessariamente una situazione di possesso in senso tecnico, ma implica in ogni caso il permanere della cosa sotto il controllo del creditore), cui la legge subordina il privilegio speciale mobiliare, oppure il possesso della cosa da parte del creditore pignoratizio (o le situazioni equivalenti previste nel 2° comma dell'art. 2786 c.c.) hanno funzione non solo costitutiva, ma anche conservativa del privilegio o, rispettivamente, del diritto di pegno. Ne consegue che il creditore, il quale ha perduto il possesso della cosa ricevuta in pegno, non ha una propria azione reale (petitoria) per il recupero della cosa: contro il terzo possessore può esercitare soltanto le azioni possessorie, se e in quanto ne sussistano le condizioni, oppure, in via surrogatoria, l'azione di rivendicazione, se e in quanto spetti al costituente. In questo secondo significato, la massima in parola è codificata, nel nostro ordinamento, nell'art. 2747, comma 2, c.c. per i privilegi mobiliari speciali, e nell'art. 2789 per il pegno. Tradizionalmente si ammette un'eccezione per il privilegio del locatore sulle cose mobili che servono a fornire l'immobile o a coltivare il fondo (c.d. *invecta et illata*). La coutume d'Auxerre, per esempio, precisava che «meubles n'ont pas de suite par hypothèque, si ce n'est pour louage de maisons». Ma il locatore deve esercitare il diritto di seguito contro il terzo possessore (nella forma di una domanda di sequestro conservativo) entro un breve termine (rispettivamente quindici o trenta giorni dall'asportazione, secondo l'art. 2764, ult. comma, del nostro codice, e salvo l'art. 1153, comma 2°).

genere di cose (diritto accordato sulla base di una interpretazione restrittiva, del tutto arbitraria, della legge incivilem 2 C. de furtis, 6, 2: cfr. Domat, Lois civiles, t. II, Droit public, liv. 3, tit. 8, n. 10; ed. Paris 1771, 173; nella dottrina del sec. XVIII: Pothier, Traité des donations entre mari et femme, n. 66, in Oeuvres, ediz. cit., IV, 306). Assai incerta era, invece, la posizione del diritto consuetudinario nei riguardi dell'istituto romano dell'usucapione triennale delle cose mobili (non di provenienza furtiva) in favore del terzo acquirente di buona fede e con giusto titolo. Alcune consuetudini prescrivevano un termine più lungo (per es. cinque anni, secondo la consuetudine brettone), ma la maggioranza di esse, a cominciare da quella di Parigi, erano mute. Nella pratica questo silenzio fu interpretato nel senso di un diniego di tutela al terzo di buona fede come tale, nel senso, cioè, che l'acquisto per usucapione della proprietà delle cose mobili acquistate a non domino non fosse possibile se non mediante l'ordinaria prescrizione trentennale, indipendente dal giusto titolo e dalla buona fede. Tanto valeva escludere l'usucapibilità delle cose mobili, dal momento che la durata di molte di esse non supera o è inferiore ai trent'anni (cfr. Pothier, Traité de la prescription qui résulte de la possession, n. 202, in Oeuvres, ediz. cit., V, 407). D'altra parte, coloro che erano inclini ad ammettere l'usucapione triennale del diritto giustinianeo (per es. Pothier, per la consuetudine d'Orléans), dovevano pure ammettere il grave limite che all'applicabilità di questo istituto derivava dall'ampio concetto romano di furto.

Proprio queste incertezze determinarono la reazione che, nella prima metà del secolo XVIII, riportò la giurisprudenza sulle posizioni delle antiche consuetudini franche (senza però una diretta connessione con esse: Jobbé-Duval, in Nouv. Rev. historique 1880, 563 nota 1). Di questo révirement ci dà notizia per la prima volta François Bourjon, avvocato al Parlamento di Parigi, nell'opera Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes, pubblicata nel 1747 (la seconda edizione, da cui sono tolti i passi che seguono, è del 1770).

Bourjon trova strana la disputa dottrinale sul termine di usucapione delle cose mobili. Infatti, egli avverte, «la prescription n'est d'aucune considération, elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles, puisque par rapport à de tels biens, la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait: principe qui applanit les difficultés que le silence, que la coutume a gardé sur cette prescription, faisoit naître... En effet, suivant la jurisprudence de ce tribunal (scil. du châtelet), la possession d'un meuble, ne fût elle que d'un jour, vaut titre de propriété, sauf l'exception ci-après; mai hors de ce cas, la possession quant à ce vaut toujours titre de propriété» (op. cit.², I, liv. 3, tit. 22, ch. 5, n. 1, p. 1094). «La base de cette maxime – egli spiega in un altro passo (op. cit., I, liv. 2, tit. 1, ch. 6, sect. 1, n. 1, p. 145) – est qu'on ne posséde ordinairement que les meubles dont on est propriétaire; ainsi la possession doit donc quant a ce, décider; c'est le meilleur guide, et quel autre pouvoit-on prendre sans tomber dans la con-

fusion? De-là il s'ensuit que dans la thèse générale, les meubles ne sont sujets à la suite».

Ed ecco il caso eccettuato: «la chose furtive peut être revendiquée par tout où on la trouve» (op. cit., I, liv. 3, tit. 22, ch. 5, n. 2, p. 1094; e vedi pure liv. 2, tit. 1, ch. 6, sect. 1, n. 2, p. 145 e liv. 3, tit. 2, ch. 1, n. 3, p. 459). L'eccezione è limitata al caso di furto proprio, escluso il caso di abuso di fiducia (c.d. furto improprio della dottrina romanistica). Bourjon non lascia dubbi in proposito: al proprietario che ha dato in deposito la cosa egli nega l'azione di rivendica contro il terzo acquirente dal depositario (op. cit., II, liv. 6, tit. 8, ch. 3, sect. 4, n. 18, p. 695), dimostrando chiaramente che la detta eccezione è da lui intesa nel senso della distinzione tradizionale del diritto germanico tra perdita volontaria e perdita involontaria della cosa.

La storiografia del diritto francese non ha ancora chiarito il processo di formazione, nell'ultimo diritto consuetudinario, della massima «en matière de meubles la possession vaut titre de propriété (à moins que le meuble ne soit furtif)». Occorrerebbe portare in luce le decisioni dello Châtelet, alle quali fa riferimento Bourjon senza fornire alcuna indicazione precisa (egli si limita a dire, riferendosi all'opinione di coloro che negavano al terzo possessore l'acquisto immediato della proprietà: «j'ai toujour vu cette opinion rejettée au châtelet»). Verosimilmente era una giurisprudenza recente, confermata da altri autori contemporanei a Bourjon (per es., oltre che da Denisart, citato più avanti, da Valin nel commentario alla consuetudine de La Rochelle,

nota all'art. 60, dove riprende il vecchio motivo, estraneo a Bourjon, che giustifica il diniego dell'azione di rivendica contro il terzo acquirente dal depositario sul riflesso che il proprietario «a entièrement suivi la foi de ce dépositaire et que cette confiance ne peut pas nuire à un acheteur de bonne foi»). Non vi sono prove che risalga al secolo precedente. È probabile però che le origini di questa giurisprudenza vadano cercate in una posizione già acquisita dalla dottrina del secolo XVII in ordine al regime probatorio della rivendica mobiliare.

Nel secolo XVI, in rigorosa conformità al diritto romano, Molineo insegnava: «possessio non probat dominium» (Commentarii in consuetudines parisienses, I pars, tit. I, § XLV, n. 15, in Opera omnia, I, Parisiis 1681, 548). Ma nella dottrina del secolo successivo la valutazione del possesso mobiliare sul piano processuale della prova della proprietà ricade sotto la suggestione del concetto germanico di investitura formale nel diritto (Gewere). In un passo del trattato delle donazioni (pubblicato nel 1652) di Ricard, che pure era avvocato al Parlamento di Parigi, riappare la regola che «les deniers et les autres meubles n'ont pas de suite» intesa come regola sull'onere di prova della proprietà nel processo di rivendica instaurato contro il possessore, cioè nel senso «qu'ils sont présumés appartenir à ceux en la possession desquels ils se trouvent, si ce n'est qu'il soit justifié que leur possession est furtive et de mauvaise foi» (riferito da Ripert-Boulanger, Traité, II, cit., n. 2822, nota 2). Quando al possesso si annette una presunzione di proprietà, ciò non significa semplice-

mente che il primo tema di prova in ordine alla titolarità del diritto deve essere svolto dal rivendicante. Che il possessore convenuto non debba prendere alcuna iniziativa fino a quando l'attore, il quale afferma «questa cosa è mia», non abbia fornito la prova del fondamento della sua domanda, è regola di diritto comune (cfr. l'art. 2697 del nostro codice civile). Ma, secondo il diritto comune, il rivendicante adempie il suo onere di prova dimostrando che, in un momento qualunque del passato, si è formato un titolo di proprietà in suo favore; egli non è tenuto a provare ulteriormente di avere conservato la proprietà fino al momento dell'introduzione della domanda, cioè di essere anche attualmente il proprietario. Questo secondo tema di prova incombe, in termini invertiti (negativi), al convenuto. E quando il convenuto non sia in grado di opporre l'usucapione o un altro titolo di acquisto originario, la prova, da parte sua, che l'attore non è più proprietario implica normalmente la dimostrazione di un titolo traslativo della proprietà a esso convenuto, proveniente direttamente o indirettamente, cioè attraverso uno o più autori intermedi, dallo stesso rivendicante (cfr. Saleilles, De la possession des meubles, Paris 1907, n. 53, p. 164 ss.).

Orbene, la presunzione di proprietà, collegata (in deroga al diritto comune) al possesso mobiliare dalla dottrina francese del secolo XVII, rappresentata da Ricard, e ripresa nel secolo successivo da Pothier (35), signi-

(35) Nel trattato sulle donazioni tra marito e moglie, pubblicato nel 1770 (n. 67, in *Oeuvres*, ed. cit., IV, 306). Pothier, allontanandosi dal diritto romano, scrive che il possessore di una cosa mobile convenuto in rivendica «doit être cru de ce qu'il allègue du titre auquel il dit avoir la chose, pourvu que

ficava precisamente che l'esistenza di un titolo, mediante il quale il rivendicante si è privato del diritto alienandolo all'attuale possessore o a un avente causa intermedio, è presunta sulla base del semplice possesso; significava, dunque, un aggravamento dell'onere probatorio del rivendicante, il quale doveva farsi carico non solo della prova di avere, in un certo momento del passato, acquistato la proprietà, ma anche della prova di averla conservata, cioè di non avere successivamente alienato la cosa. E siccome si tratta di una prova negativa di carattere indefinito, consistente nello stabilire che nessuno ha potuto acquistare la cosa dopo il fatto che ne ha attribuito la proprietà al rivendicante, costui non poteva farvi fronte se non dimostrando la furtività della cosa, secondo l'ampio concetto romano di furto accolto anche dalla dottrina del diritto consuetudinario francese: ossia dimostrando o che la cosa gli era stata rubata oppure che era stata alienata da colui al quale l'aveva affidata in deposito, comodato, locazione, ecc. o l'aveva

---

ce qu'il allègue soit vraisemblable ». E ciò perché — come spiega nell'introduzione al titolo della consuetudine di Orléans relativo alla prescrizione (n. 4, in *Oeuvres*, ed. cit., VII, 260) — il possessore di un mobile è « parmi nous presumé le propriétaire, sans qu'il soit besoin d'avoir recours à la prescription; à moins que celui, qui le réclame et s'en prétend propriétaire, ne justifiât qu'il en a perdu la possession par quelque accident, comme un vol qui lui en aurait été fait ». Siccome la prescrizione acquisitiva importa acquisto della proprietà, l'inciso « senza bisogno di ricorrere alla prescrizione » ha indotto qualcuno ad argomentare che in questo passo, altrettanto celebre quanto oscuro, Pothier si allinei alla giurisprudenza parigina riferita da Bourjon (il commento di Pothier alla consuetudine di Orléans con le introduzioni ai vari titoli apparve nel 1760, tredici anni dopo la pubblicazione dell'opera di Bourjon). Ma l'intero contesto contraddice una simile interpretazione. Pothier non va oltre il riconoscimento al possessore di una presunzione di titolo nel senso sopra chiarito nel testo. Si è supposto che Pothier sia stato trattenuto dagli scrupoli morali della sua coscienza di giansenista (cfr. Ourliac et De Malafosse, *Droit romain et ancien droit*, II, Paris 1961, 347).

consegnata in base a un titolo traslativo viziato. In questa dottrina confluivano, dunque, un elemento della tradizione delle antiche consuetudini franco-germaniche (la valutazione del possesso mobiliare come investitura formale nel diritto, comportante una presunzione di proprietà) e un elemento della tradizione romanistica (l'ampio concetto romano di furto, ai fini della prova contraria alla presunzione di proprietà annessa al possesso del convenuto).

Il passo avanti, compiuto nella prima metà del secolo XVIII dalla giurisprudenza dello Châtelet, consiste nel rifiuto di estendere la nozione di furto all'appropriazione indebita (abuso di fiducia commesso dal detentore da cui il possessore attuale ha preso causa). Questa estensione fu ritenuta incompatibile con la sicurezza del commercio, alla quale ripetutamente si appella Bourjon: se il rivendicante allega che la cosa è stata alienata da un depositario infedele, « la sûreté du commerce ne permet pas qu'on écoute une telle revendication » (op. cit., II, liv. 6, tit. 8, sect. 4, n. 18, p. 695). La presunzione di proprietà, che assiste il possessore, non può essere vinta dal rivendicante se non mediante la prova della perdita involontaria del possesso per furto in senso proprio (nel senso del termine francese vol) o smarrimento. Ma è chiaro che questa limitazione della prova contraria travolge il concetto di presunzione semplice di proprietà. Se il rivendicante non prova di essere stato derubato della cosa o di averla smarrita, la presunzione di proprietà in favore del possessore è assoluta, irrefragabile, ossia non è più una vera presun-

zione, bensì un effetto sostanziale del possesso consistente nell'adiectio domini al possessore, indipendentemente dalla volontà del proprietario precedente e senza bisogno del decorso del termine per l'usucapione. Il possesso (di buona fede) delle cose mobili, di cui il rivendicante non fornisca la prova della provenienza furtiva, non semplicemente fa presumere l'esistenza di un titolo d'acquisto derivativo della proprietà, ma è esso stesso un titolo (originario) di acquisto: in questo senso appunto, come dice Bourjon, il possesso «vale titolo».

L'ipotesi che abbiamo formulato circa lo sviluppo della regola è confermata da un altro passo di Bourjon (op. cit., I, liv. 3, tit. 2, ch. 1, n. 2, p. 458): «Pour la preuve de cet achat (scil. achat du meuble) il n'est pas nécessaire de rapporter un titre, il suffit de posséder le meuble, parce qu'en matière de meuble la possession vaut titre; il suffit donc de la possession pour la preuve de la translation de la propriété; l'ordre public l'a exigé ainsi indépendamment du laps de temps». Qui la regola si presenta non ancora liberata dall'involucro del concetto processuale di presunzione di proprietà, sul quale si era attestata la dottrina precedente; mentre negli altri passi, già citati, essa è chiaramente enunciata per ciò che in realtà è: ossia un modo di acquisto della proprietà mediante il possesso, distinto dall'usucapione (36).

---

(36) Analogamente si confrontino i seguenti tre passi tratti *dalla Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* (5ª ediz., Paris 1766) di Denisart, procuratore al Parlamento di Parigi: «Celui qui posséde des meubles, en est présumé le propriétaire, il ne lui

Lo sviluppo della regola «en fait de meubles, la possession vaut titre» attraverso un processo di trasformazione della presunzione di titolarità, collegata al possesso mobiliare, in una norma sostanziale di acquisto della proprietà spiega perché Bourjon non richiede che il possesso sia stato acquistato in base a un giusto titolo (proveniente a non domino), a differenza della dottrina romanistica tedesco-olandese che un secolo prima aveva ricostruito la fattispecie dell'analoga regola «Hand ware Hand» sul modello dell'usucapio classica. Imporre al terzo possessore la prova di un titolo proveniente a non domino sarebbe stato contraddittorio con la presunzione in suo favore di un valido titolo traslativo della proprietà.

Bourjon non menziona nemmeno il requisito della buona fede. Ma il suo discorso presuppone costantemente la buona fede del possessore, alla quale non manca un accenno indiretto nel passo dove, con riguardo all'eccezione di furto, egli scrive che «le meuble volé peut être revendiqué, et même des mains de l'acheteur de bonne foi» (op. cit., I, liv. 3, tit. 2, ch. 1, n. 3, p. 459). Del resto, questo requisito è esplicitamente affermato da Denisart (v. sopra, nota 36).

---

fut pas d'autre titre que sa possession» (voce *Meubles*, t. II, 178), e ancora: «Nous tenons au Châtelet pour maxime certaine, que celui qui est en possession de meubles, bijoux et argent comptant, en est réputé propriétaire, s'il n'y a titre au contraire» (voce *Prescription*, III, 186). Il concetto di presunzione non compare più nel terzo passo: «... s'il s'agit de la vente d'une chose mobiliaire, celui qui l'aurait achetée de bonne foi, pourrait la garder, sauf le recours du propriétaire contre le vendeur, à moins qu'elle n'eût été derobée» (voce *Vente*, III, 266).

11. Nel nostro ordinamento la massima « riguardo ai beni mobili il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo » è venuta direttamente dal diritto francese, per il tramite del codice Napoleone, che fu il modello del codice sardo e di altri codici italiani preunitari, e poi del codice 1865. Ma ciò non significa che la massima non abbia precedenti nella storia del diritto italiano.

Proprio nelle fonti del diritto italiano medievale si trova il primo documento del principio germanico « mobilia non habent sequelam », illustrato nel cap. 232 dell'expositio all'editto di Rotari (v. sopra, nota 24), anteriore di due secoli allo « Specchio sassone », prima fonte storica della regola « Hand wahre Hand » nel diritto tedesco. Ma il giurista pavese riferisce il principio condannandolo come un « usus contra legem » (scil. romanam): « et usus, qui contra hanc legem est, non teneri debet; nam Pipinus dicit: Placuit nobis, ut nulla consuetudo superponatur legi ». Appunto la scuola di Pavia, cui appartiene l'ignoto autore del commento alle leggi longobarde, cominciò a considerare la lex romana come « lex omnium », come « jus commune », e fu essa che fornì ai glossatori la base di partenza per la trasformazione della germanica Anefangsklage (intertiatio) in un'azione possessoria di spoglio, analoga al rimedio canonico disciplinato dalla nota decretale di Innocenzo III. Come azione petitoria (fondata sulla Gewere), l'intertiatio, introdotta dal diritto longobardo, non trovò in Italia le condizioni che ne favorirono lo sviluppo in Germania e nel primo diritto consuetudinario francese.

Tuttavia il diritto statutario italiano del secolo XVI dimostra una notevole resistenza al diritto romano, almeno quando è in gioco l'esigenza di tutelare gli acquisti mobiliari compiuti in circostanze o luoghi qualificati dalla pubblica fede (37). Da un lato, si manifesta la tendenza ad escludere senz'altro la rivendica delle cose mobili vendute all'asta pubblica per decreto del giudice (così, per es., gli statuti di Genova del 1589: cfr. Segré, Addizione, 29): da questa regola, affermata anche in Germania e in Olanda, in deroga alla rivendicabilità delle cose rubate (cfr. Voet, Pand., lib. 6, tit. 1, n. 13), derivava, con una esasperazione, l'art. 648 del nostro codice di procedura civile del 1865. Dall'altro lato, secondo un'altra regola diffusa soprattutto in Francia (v. sopra note 23 e 33; analogamente in Olanda: cfr. Apeldoorn, op. cit., 180), molti statuti dispongono la purgazione del vizio della provenienza furtiva mediante l'acquisto in una fiera o in un pubblico mercato, cioè in luoghi di pubblica vendita: in questo caso, il terzo acquirente di buona fede non è tenuto a restituire la cosa al rivendicante « nisi pretio refuso » (v. per es. gli statuti di Nizza e di S. Marino, riferiti da Pertile, op. cit., IV, 247 nota 35, e da Segré, op. cit., 26; ma altri statuti, come quello di Pisa, e così pure il diritto savoiardo, testimoniato nel passo citato del Codex fabrianus, si mantenevano fedeli al diritto comune).

---

(37) Una posizione a parte occupa lo statuto di Trieste dal 1550, II, 14 (riferito da Segré, *Addizione* a Tissier, *Della prescrizione*, nel *Trattato di diritto civile* di Baudry-Lacantinerie, trad. it., Milano s.d., 25), dove si trova codificata, quasi alla lettera, la consuetudine germanica riferita nell'*expositio* all'editto di Rotari.

La dottrina del secolo successivo va oltre, e riconosce il diritto al rimborso del prezzo anche al terzo che abbia acquistato la cosa nel magazzino o nell'emporio privato di un commerciante. Ma, a differenza della dottrina francese, che neppure in questo caso distingue tra perdita volontaria e perdita involontaria della cosa (cfr. Domat, loco cit.; Goldschmidt, loco cit., 263), i giuristi italiani sono divisi a tale proposito, e una parte di essi, fra cui il Casaregis (Discursus legales de commercio, II, Venetiis 1740, disc. 123, n. 1, p. 7 e qui citazioni; disc. 124, p. 9 ss.; disc. 187, n. 19, p. 242), nega il diritto al rimborso del prezzo quando la cosa provenga da furto proprio.

Nei due autori che maggiormente si sono occupati del problema, il card. De Luca (1614-1683) e il Casaregis (1678-1737), non mancano accenni alla soluzione più radicale dell'assoluta irrivendicabilità presso il terzo possessore di buona fede delle cose mobili non rubate, né smarrite. Ma di fronte a questa soluzione, suggerita dalla prassi statutaria di alcune città tedesche e olandesi, entrambi si dimostrano riluttanti. Il primo (Theatrum veritatis et iustitiae, Venetiis 1716, lib. VII, pars II, Summa de empt. et vendit., n. 47, p. 72), con riguardo alle cose acquistate in luoghi di pubblica vendita, scrive: « Publicam vero nundinarum, seu portuum, vel emporiorum fidem emptorem tutum reddere, vel saltem pretii bona fide erogati refectionem tribuere, quaedam non scripta aequitas frequentius moribus recepta docet, quamvis scripti iuris rigor aliter disponat, et alicubi servetur ». Il secondo (Il cambista istruito per ogni

caso de' fallimenti, cap. IV, n. 43, in Discursus de comm., cit., t. III, 58) ritiene che « per ovviare alli sconcerti, che potrebbero darsi in grande pregiudizio della pubblica fede e del commercio, l'equità legale, e molto più la mercantile non sa, né deve ammettere che un terzo, come il giratario, che con buona fede ha sborsata la valuta al girante, ne resti perdente, come in simili termini, e più dubbiosi... di roba o mercanzia venduta ad un terzo da un mercante, che non aveva ancora l'ordine dal suo corrispondente di venderla, o avendolo, l'avesse ecceduto, che non debba questo terzo compratore, il quale ha con buona fede contrattato, e pagato il prezzo della roba, benché non fusse entrata ancora in dominio di chi gliel'ha venduta, o rivenduta, non debba, dico, essere astretto, né molestato a restituirla a chi pretende di esserne il padrone originario » (corsivo mio). Ma il confronto di questo passo col discursus 187 de commercio, n. 19 (38), del quale il primo, salva la chiusa finale, contiene una traduzione quasi letterale in lingua italiana, dimostra che, in definitiva, il Casaregis non esclude in modo assoluto la rivendica, ma nega soltanto che il terzo acquirente possa restare perdente per il prezzo sborsato.

La posizione della giurisprudenza italiana del secolo XVII è così riassunta dal card. De Luca (Summa de

---

(38) *Op. cit.*, II, 242: « Et similiter ob eam rationem non turbandae libertatis commercii in dubitalioribus terminis, nempe mercatoris, vel magistri navis, vel vectoris mala fide alienantis, vel distrahentis, seu disponentis de rebus, aut mercibus sui respective correspondoris principalis contra illius mentem, seu ordines, quod alter mercator illarum emptor, seu acquisitor ex aliquo titulo oneroso non teneatur vero domino illas restituere nisi sibi praesoluto tali pretio, firmat card. de Luca etc. ».

empt. et vendit., cit., n. 45, p. 72): « Alienorum autem seu aliis affectorum bonorum emptores, quando a domini vindicatione, vel a creditorum hypothecariis actionibus tuti sint forus disputare solet; distinguendo autem aliena, quae a non domino vendita, per dominum vindicentur, ab iis, quae vendita per dominum hypothecis affecta sint ». Nel secondo caso si afferma anche da noi la regola (opposta al diritto romano) « mobilia non habent sequelam per hypothecam »; nel primo caso, invece, vige il principio romano della rivendica, salvo, almeno per le cose provenienti da furto improprio, il diritto di rimborso del prezzo accordato al terzo possessore che in buona fede abbia acquistato la cosa in luoghi di pubblica vendita (« in portu, in nundinis, vel alio publico emporio ») o anche privatamente « a probato mercatore » (De Luca, Theatrum, cit., lib. II, De regalibus, disc. 115, n. 7, p. 185).

A una posizione più ardita la giurisprudenza italiana non è giunta. E le ragioni vanno cercate, da un lato, nel vigore di lex scripta che il diritto romano conservava nel nostro paese, mentre nei paesi di diritto consuetudinario aveva valore di raison écrite, destinata a colmare le lacune delle consuetudini scritte solo nella misura in cui l'equità non esigesse soluzioni diverse; dall'altro lato, nella decadenza politico-economica del paese, la quale impediva al nostro diritto statutario di avere quella forza di rottura di cui furono capaci gli statuti delle fiorenti città marittime tedesche e olandesi.

Ma il confronto con le soluzioni raggiunte dal diritto statutario o dalla prassi giudiziaria in Germania e Olanda e in Francia, oltre che sotto il profilo dell'intensità della tutela dell'affidamento dei terzi, deve essere istituito anche sotto il profilo dell'estensione della tutela, e quindi delle motivazioni con cui viene fondata. I nostri giuristi non procedono da premesse dogmatiche, ma esclusivamente da punti di vista pragmatici ed equitativi, rivelando, sotto questo profilo, una sorprendente affinità con l'impostazione del diritto inglese, al quale oggi si guarda – soprattutto in Germania, dove è in corso un processo di demitizzazione della regola « Hand wahre Hand » – come a un esempio di soluzione, più equilibrata di quella continentale, del problema dell'acquisto a non domino delle cose mobili. Il limite al diritto del rivendicante è introdotto « ratione libertatis commercii » e contenuto nella misura in cui questa ratio « specialis esse videtur, ut a juris consuetis regulis recedatur » (De Luca, De regalibus, cit., disc. 129, n. 4, p. 211). Perciò il terzo possessore di buona fede è tutelato solo « ubi agitur de mercibus » e in quanto abbia acquistato (a titolo oneroso) in luoghi di vendita o da commercianti qualificati dalla pubblica fede (a probato mercatore): « quia ementes a mercatoribus merces in eorum tabernis, vel repositoriis existentes, non videntur obligati exquirere, an res sint suae vel alienae, et quale mandatum habeant ad vendendum » (De Luca, De regalibus, disc. 115, n. 7, p. 185). Il motivo dell'autoresponsabilità del proprietario per l'incauto affidamento della cosa a un detentore infedele viene richiamato solo in un secondo momento, quando il campo di applicazione della tutela del terzo è già stato definito

nei limiti delle esigenze del commercio, allo scopo di limitare ulteriormente la tutela alle ipotesi in cui «non agatur de rebus furtivis».

Invece, nella dottrina tedesca del secolo XVII, e così pure nella dottrina di Bourjon del secolo XVIII, il favor commerci, pur essendo il motivo politico di fondo, emerge soltanto come una giustificazione di rincalzo della tutela accordata al terzo acquirente di buona fede, la quale è argomentata in via principale da premesse dogmatiche. In Germania essa viene fondata sul principio «Hand wahre Hand» interpretato come regola di autoresponsabilità del proprietario (imputet sibi) per l'affidamento della cosa ad altri. In Francia la massima «possesso vale titolo» viene elaborata sulla base della valutazione formale del possesso mobiliare come fonte di una presunzione di proprietà, superabile soltanto con l'eccezione di furto. Alle esigenze di sicurezza del commercio si fa appello in subordine, allo scopo di coonestare, col rilievo della rispondenza alle necessità pratiche, una soluzione già argomentata da premesse di ordine concettuale. Caratteristico in questo senso è un passo di Bourjon: «In materia di mobili, il possesso vale titolo di proprietà; anche la sicurezza del commercio lo esige» (op. cit., I, liv. 2, tit. 1, ch. 6, sect. 1, n. 1, p. 145; corsivo mio).

Ma quelle premesse hanno indotto la giurisprudenza tedesca e francese a formulare la regola di tutela dei terzi acquirenti in termini che vanno ben oltre le esigenze di sicurezza e di libertà del commercio. Una volta posti a fondamento della tutela il principio «Hand wahre Hand» o il principio che il possesso è indice, per se

stesso, di proprietà, non è logicamente possibile limitarne la portata in base alla distinzione introdotta dalla giurisprudenza italiana anteriore alle codificazioni: la distinzione, cioè, a seconda che il terzo abbia acquistato la cosa in un luogo di pubblica vendita o da un commerciante che vende professionalmente cose di quel genere, oppure da una persona che non esercita quel tipo di commercio e fa una vendita puramente occasionale. In quest'ultimo caso la concezione francese, la quale prescinde dalla iusta causa possessionis, preclude perfino la possibilità di distinguere fra terzo acquirente a titolo oneroso e terzo acquirente a titolo gratuito. Queste distinzioni possono venire in considerazione solo in linea di fatto, sul piano probatorio, in relazione alla prova della mala fede del terzo mediante presunzioni del giudice.

12. Nelle codificazioni moderne dei secoli XVIII e XIX il principio romano della rivendica è riaffermato dal codice prussiano del 1794 (Allgemeines Landrecht, I, 15, § 1) e dal codice civile generale austriaco del 1811 (§ 366), ma con notevoli modificazioni, soprattutto nel secondo, ispirate in varia misura alla tradizione del diritto germanico. Al terzo possessore, che abbia acquistato la cosa a titolo oneroso da una persona «insospettabile», il codice prussiano (I, 15, § 25) attribuiva il diritto di pretendere dal rivendicante il rimborso di tutte le somme pagate e di ogni altra prestazione effettuata per l'acquisto: e ciò, si noti, indipendentemente dalla distinzione tra perdita volontaria o involontaria del possesso da parte del rivendicante,

ossia anche per le cose di provenienza furtiva. Solo per le cose vendute all'asta pubblica e per il denaro è ammessa, in favore del terzo acquirente di buona fede, l'irrivendicabilità assoluta (I, 15, §§ 42, 45). Ma questa soluzione di compromesso tra il diritto romano e il diritto germanico, più tardi adottata anche dal codice sassone del 1863 (che però ammetteva il temperamento del c.d. «Lösungsrecht» in misura molto più limitata rispetto al diritto prussiano), non soddisfa, come tutte le vie di mezzo, né l'una né l'altra delle due esigenze che si propone di conciliare, e sul piano logico-dogmatico è viziata da una evidente contraddizione. È contraddittorio, infatti, riconoscere al proprietario spogliato il diritto di rivendicare la cosa dal possessore anche di buona fede, e in pari tempo subordinare questo diritto al rimborso del prezzo pagato dal terzo acquirente. Il proprietario che rivendica la cosa propria non consegue alcun arricchimento a danno del possessore che l'ha comprata da un terzo. Questa contraddizione si riflette nella struttura tecnica dell'istituto, il quale si atteggia ibridamente come un diritto di riscatto processualmente regolato alla stregua di un diritto di rivendica (cfr. Förster-Eccius, Preussiches Privatrecht[7], III, Berlin 1896, 297, nota 76).

Nel codice austriaco il limite della rivendica mobiliare, collegato al principio «Hand wahre Hand», è configurato in funzione di modo di acquisto della proprietà a non domino. Dispone il § 367: «La rivendicazione di una cosa mobile non ha luogo contro il possessore di buona fede, qualora provi di averla acquistata o a

una pubblica asta o da persona abilitata a tale commercio, oppure a titolo oneroso da una persona alla quale lo stesso attore l'abbia affidata in uso, in custodia o a qualsiasi altro fine. In questi casi la proprietà è acquistata dai possessori di buona fede, e al proprietario precedente spetta soltanto il diritto di risarcimento del danno contro coloro che per ciò sono verso di lui responsabili». Questa norma si segnala, in primo luogo, come la prima che ha espressamente formulato la tutela del terzo possessore di buona fede in termini sostanziali di acquisto della proprietà (indipendentemente dall'usucapione) (39). Ma soprattutto si segnala perché, senza mai ricorrere al compromesso del «Lösungsrecht», riesce tuttavia ad elaborare una soluzione articolata, che rivela un'esatta percezione dei diversi aspetti del problema. Avremo perciò occasione di ritornare su di essa in sede di valutazione critica dell'art. 1153 del nostro codice. Si noti intanto: a) se la cosa è stata acquistata all'asta pubblica (non anche in un pubblico mercato) o da un commerciante abilitato al commercio di quel genere di cose, il terzo acquirente di buona fede ne diventa proprietario al momento della consegna, indipendentemente dalla distinzione tra spossessamento volontario e spossessamento involontario del precedente proprietario; b) la distinzione opera soltanto nei casi in

---

(39) Nel c.d. *Codex Theresianus*, II, 8, 43 (progetto di codificazione del diritto privato, elaborato da una commissione nominata da Maria Theresia nel 1753), si diceva: «der gute Glaube überträgt Eigentum an den Erwerber aus Macht Rechtes» (la buona fede trasferisce la proprietà all'acquirente *ope iuris*). Questa formula è ispirata alla concezione della tutela del terzo alla stregua di una sanatoria *ex lege* del negozio di alienazione mediante la buona fede.

cui non è in gioco l'interesse di sicurezza del commercio, ma in questi casi si richiedono due condizioni ulteriori, entrambe sconosciute al diritto francese e al diritto tedesco: α) occorre che il terzo abbia acquistato dalla persona alla quale il proprietario ha affidato la cosa (o da un subfiduciario, per es. dal sublocatario); β) occorre che abbia acquistato a titolo oneroso. Infine il § 371 ammette una tutela illimitata del terzo acquirente di buona fede quando si tratta di denaro o di titoli al portatore.

In Germania, prima del compimento dell'unità politica del Paese, la regola dell'acquisto a non domino della proprietà delle cose mobili, in favore del terzo possessore di buona fede, fu introdotta dal codice generale di commercio (AHGB) del 1861, limitatamente alla materia da esso regolata. Per le merci e le altre cose mobili vendute da un commerciante nell'esercizio della sua attività professionale di intermediazione nella circolazione dei beni, il § 306, a differenza del diritto austriaco, conservò la distinzione tra perdita volontaria e perdita involontaria, escludendo la tutela dei terzi per le cose provenienti da furto. Solo per i titoli al portatore la distinzione era abbandonata dal successivo § 307, il quale prescindeva, inoltre, dal presupposto dell'alienazione da parte di un commerciante nell'esercizio della sua professione. Per i titoli cambiari la distinzione era già stata soppressa dall'art. 74 dell'ordinanza cambiaria tedesca del 1848, e il § 305 del codice di commercio del 1861 estese questa norma a tutti gli altri titoli all'ordine (per la storia della formazione dell'allgemeine

Deutsche Wechselordnung, art. 74, cfr. Goldschmidt, loco cit., 320 ss.). Il § 306 non solo, come il codice austriaco, dichiarava espressamente che il terzo acquirente di buona fede «acquista la proprietà» al momento della consegna, ma con notevole pedanteria aggiungeva: «la proprietà precedentemente costituita si estingue».

La norma del § 366 AHGB fu generalizzata, e quindi svincolata dal presupposto dell'acquisto da un commerciante, dal § 932 del codice civile per il nuovo Reich tedesco (BGB), promulgato il 18 agosto 1896 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1900. La circostanza dell'acquisto da un commerciante conserva una residua rilevanza, a norma del § 366 del nuovo codice di commercio (HGB) del 1897, nel senso che essa comporta la tutela anche della buona fede di chi crede erroneamente che l'alienante sia autorizzato a disporre della cosa per il proprietario, mentre il § 932 del codice civile tutela soltanto la buona fede circa la proprietà dell'alienante. Il § 933 BGB esclude l'applicabilità della tutela nel caso che il terzo acquirente abbia ricevuto dall'alienante (non dominus) soltanto il possesso indiretto della cosa mediante costituto possessorio, mentre, nel caso che l'alienante sia possessore soltanto mediato della cosa, il § 934 attenua notevolmente il requisito della consegna, dichiarando equipollente la cessione all'acquirente dell'azione (personale) di restituzione contro il detentore. Il § 935, infine, conferma il requisito della non provenienza della cosa da furto o da smarrimento (sia stato questo subito dal proprietario o dal detentore al quale il primo aveva affidato la cosa), eccezion fatta

per il denaro e i titoli al portatore, nonché per le cose acquistate all'asta pubblica (non anche per quelle acquistate in un pubblico mercato).

Una norma analoga a quella del § 932 BGB, integrato dal § 935, è contenuta nel codice civile svizzero del 1907 (art. 714 cpv., coordinato con gli artt. 933 e 935), salva la diversa disciplina della rivendica delle cose rubate o smarrite (sotto questo profilo il codice svizzero è modellato sul diritto francese).

13. La regola di Bourjon, nel senso e nei limiti precedentemente illustrati, fu codificata alla lettera nell'art. 2279, comma 1°, del code civil del 1804: « En fait de meubles, la possession vaut titre ». Ma nel sistema del code, questa regola, in quanto sviluppata e giustificata sulla base di una presunzione di proprietà collegata al possesso, viene a trovarsi in contraddizione (rilevata anche da Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955, 35) col nuovo principio regolatore del trasferimento della proprietà, cioè col principio consensualistico (art. 1138 cod. Nap.). La presunzione, in favore del possessore, di un titolo traslativo della proprietà (o costitutivo del diritto reale limitato in corrispondenza al quale possiede) può fondarsi, sia pure imperfettamente, solo in un sistema (come quello in cui operava Bourjon) che affida alla traditio un ufficio costitutivo nell'acquisto della proprietà mobiliare. Una volta reciso questo legame del possesso col trasferimento della proprietà, rimane priva di fondamento la valutazione del possesso come indice di pro-

prietà, in funzione della quale l'art. 2279 esonera il possessore, convenuto in rivendica, dalla necessità di fornire la prova di un regolare titolo di acquisto (40).

Se il legislatore italiano del 1865 sia stato consapevole di questa contraddizione, e con la formula diversa dell'art. 707 del codice civile abrogato abbia inteso eliminarla, non è dato sapere. In effetti, l'art. 707 si prestò ad essere interpretato non come semplice variante letterale dell'art. 2279 cod. Nap., volta a esplicitarne i presupposti rimasti sottaciuti e già concordemente individuati dai commentatori francesi (ossia i requisiti della qualità di terzo e della buona fede nel possessore, nonché l'esclusione delle universalità di

---

(40) Sotto questo aspetto, cioè intesa come regola di prova, la norma
dell'art. 2279 giova anche all'acquirente *a domino* (cfr. SALEILLES *op. cit.*,
75 ss., spec. 81 s.; RIPERT-BOULANGER, *Traité*, II, nn. 2826, 2861): egli è
esonerato dalla prova del negozio d'acquisto pur se l'alienante agisca contro
di lui con l'azione di rivendica, anziché con l'azione personale di ripetizione
fondata sull'invalidità del contratto (onde, nel diritto francese, le due azioni
praticamente si avvicinano quando si tratta di cose mobili, salva la prescrizione
cui è soggetta l'azione personale, mentre la rivendica è imprescrittibile). Nei
rapporti *inter partes*, però, l'acquirente rimane soggetto all'eccezione di nul-
lità del titolo di acquisto, mentre tale eccezione non gli è opponibile dal riven-
dicante quando il titolo proviene da una persona diversa (*non dominus*), ossia
quando il convenuto è *terzo* rispetto al rivendicante (*dominus*). Sotto questo
altro aspetto, cioè inteso come regola sostanziale di acquisto del diritto, l'arti-
colo 2279 è applicabile soltanto ai rapporti tra *dominus* e terzo possessore, e
« devient, au regard des tiers, non seulement un procédé de légitimation rela-
tivement à la réalité du droit transmis, mais une cause de consolidation relati-
vement au procédé de transmission » (SALEILLES, *op. cit.*, 74): e ciò non tanto in
applicazione del principio che vieta di opporre eccezioni *de iure tertii* (la nul-
lità è opponibile da chiunque vi abbia interesse), quanto perché la norma del-
l'art. 2279 prescinde dal requisito di un giusto titolo. Si tenga presente tuttavia
— per una esatta valutazione pratica di questa differenza fondamentale del-
l'art. 2279 cod. Nap. rispetto all'art. 1153 del nostro codice — che il *dominus*
può normalmente opporre al terzo acquirente i vizi del titolo di acquisto eser-
citando contro di lui, in via surrogatoria, l'azione personale di ripetizione spet-
tante al *non dominus* (alienante), la quale in diritto francese è soggetta a
prescrizione trentennale (non decennale come da noi).

mobili), ma come norma non più fondata su una presunzione di proprietà, e quindi rigorosamente subordinata alla dimostrazione, da parte del possessore, di un titolo di acquisto abile a trasferire la proprietà. Disponeva l'art. 707, riproducendo con alcune integrazioni l'art. 2411, comma 1°, del codice sardo (41): « Riguardo ai beni mobili e ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso <u>del</u> titolo » (42), ossia – doveva intendersi – l'effetto (acquisto del diritto) che sarebbe senz'altro prodotto dal titolo (vendita, donazione, ecc.) esibito dal possessore a fondamento del possesso, se esso fosse stato posto in essere dal proprietario, anziché da un non dominus. La necessità, a differenza dell'art. 701 relativo agli « effetti minori » del possesso di buona fede (per es. acquisto dei frutti), di un titolo regolarmente formato

---

(41) La formula dell'art. 2411, comma 1°, del codice sardo: « Riguardo ai mobili il possesso produce a favore de' terzi l'effetto stesso del titolo », corrisponde — con l'aggiunta dell'inciso « a favore de' terzi » — alla traduzione ufficiale in lingua italiana del codice Napoleone (art. 2279), adottato con decreto 30 marzo 1806 nel Regno d'Italia costituito dal Buonaparte (1805-1814). Ma la traduzione non è esatta, e — staccata dall'originale — si presta, in sé considerata, a un'interpretazione che introduce il requisito del « giusto titolo ».

Esattamente corrispondente all'art. 2279 del *code* era, invece, l'art. 2185 del codice per il Regno delle due Sicilie, art. 2185: « Riguardo a' mobili il possesso vale per titolo ». La regola « possesso vale titolo » si trova anche nel codice parmense, ma non nel senso dell'art. 2279 del codice francese (regola sostanziale di acquisto, secondo la dottrina di Bourjon), bensì come semplice regola processuale di presunzione della proprietà in favore del possessore, secondo la dottrina di Pothier (v. sopra, nota 35). Cfr. l'art. 2369: « Si prescrive il dominio di cose mobili possedute in buona fede pel corso di tre anni. — Per riguardo alle cose mobili il possesso equivale a titolo ».

(42) Si noti la differenza rispetto alla formula di Bourjon: « la possession produit l'effet *d'un* titre parfait », semplice variante dell'altra « possession vaut titre ». Quest'ultima formula, tradizionalmente usata dalla nostra dottrina per designare la regola dell'art. 707 cod. civ. 1865, e ora dell'art. 1153 cod. civ. 1942, è accettabile solo come modo di dire convenzionale.

fu poi chiarita dall'art. 57 del codice di commercio 1882, il quale definiva come possessore di mala fede (soggetto a rivendica) colui che ha ricevuto il possesso della cosa « per qualunque titolo, conoscendo <u>il vizio</u> della causa del possesso », onde si arguiva che l'acquisto del possesso doveva essere fondato su un titolo esente da vizi, tranne quello (che propriamente non è un vizio) derivante dalla carenza di diritto nell'alienante: dunque un titolo realmente esistente (non semplicemente putativo) e in sé valido.

Questa interpretazione è stata definitivamente fissata, con linguaggio tecnico più moderno, dall'art. 1153 del codice 1942: « Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà ».

14. Il codice del 1865, sull'esempio di quello francese, teneva ferma la distinzione tradizionale tra perdita volontaria e perdita involontaria del possesso da parte del proprietario, limitando al primo caso la tutela del terzo di buona fede mediante la regola « possesso vale titolo ». Nel caso di furto o smarrimento, il derubato o lo smarritore poteva rivendicarla anche presso il terzo possessore di buona fede (art. 708) entro lo spazio di due anni (art. 2146; tre anni secondo l'art. 2279, comma 2°, cod. Nap.). Se poi l'attuale possessore avesse comprato la cosa rubata o smarrita « in una fiera o in un mercato, ovvero all'occasione di una vendita

pubblica, o da un commerciante che faccia pubblico spaccio di simili oggetti », non era tenuto a restituirla al proprietario se non dietro rimborso del prezzo pagato, e sempreché fosse rivendicata entro due anni dal giorno del furto o dello smarrimento (artt. 709 e 2146, corrispondenti all'art. 2280 cod. Nap.). Le norme degli articoli 708 e 709 erano assai singolari, perché, sebbene il legislatore si sforzasse di nascondere l'anomalia sostituendo al verbo « rivendicare », usato dal codice francese, il verbo « ripetere », si trattava di una vera e propria azione di rivendica che poi si apprendeva dall'art. 2146 essere soggetta a una prescrizione di due anni. Ora, siccome il diritto di proprietà è imprescrittibile, non ha senso parlare di prescrizione dell'azione di rivendica. In realtà l'art. 2146 del vecchio codice configurava un modo di acquisto della proprietà delle cose rubate o smarrite, costituito dai presupposti della regola « possesso vale titolo » e dal presupposto ulteriore del decorso di più di due anni dal giorno del furto o dello smarrimento: figura evidentemente diversa dall'usucapione, perché il termine di due anni non implicava un requisito di durata del possesso del terzo (norma analoga nell'art. 934 del codice svizzero, che fissa un termine di cinque anni). Molto più coerentemente, il codice tedesco non ammette, per le cose provenienti da furto, se non l'acquisto mediante usucapione, ai sensi del § 937.

La distinzione tra spossessamento volontario e spossessamento involontario del rivendicante, la cui rilevanza era già sensibilmente attenuata dal ricordato

art. 2146 del codice civile, fu soppressa, per i titoli al portatore, dall'art. 57 del codice di commercio del 1882, sull'esempio del § 307 del codice generale di commercio germanico, e per i titoli cambiari (cambiale e check) dall'art. 332 (richiamato dall'art. 341) dello stesso codice, conforme all'art. 74 dell'ordinanza cambiaria tedesca. Successivamente fu soppressa per le cose date in pegno presso i Monti di Pietà dalla legge 4 maggio 1898 (art. 11), e infine, per i titoli di credito nominativi, dall'art. 7 del r.d. 7 giugno 1923, n. 1364. Di conseguenza, la rilevanza della distinzione era cessata anche per le merci circolanti mediante titoli rappresentativi, sia al portatore che nominativi.

In conformità ai voti autorevolmente espressi in dottrina (Vivante, Trattato[5], III, nn. 936, 1040; Segré, in Riv. dir. comm. 1919, II, 39 ss.), il nuovo legislatore del 1942 ha soppresso in via generale l'eccezione relativa alle cose smarrite o rubate, così che l'applicabilità della regola « possesso vale titolo » non è più condizionata al modo con cui il proprietario ha perduto il possesso della cosa. In compenso, come pure era stato auspicato (Segré), la portata della regola è stata delimitata con maggiore rigore dal punto di vista del requisito soggettivo della buona fede, la tutela della quale è esclusa quando dipenda da colpa grave ed è pure esclusa, nei confronti dell'acquirente mediato, quando non sia accompagnata dall'ignoranza della provenienza illegittima della cosa. Tali requisiti si risolvono in un alleggerimento dell'onere di prova del rivendicante.

Si osservi inoltre che difficilmente la tutela del-

l'art. 1153 può trovare applicazione in favore del terzo acquirente immediato dal ladro. Costui, di fronte alla rivendica del derubato, o non è in grado di nominare il suo autore (perché non ne conosce il nome o non vuole nominarlo) e allora non dà la prova del titolo in base al quale ha ricevuto il possesso, così che la rivendica deve senz'altro essere accolta; oppure nomina il suo autore, che in ipotesi è lo stesso ladro, e allora si concreta per ciò stesso un serio indizio, se non della mala fede (ricettazione), almeno della colpa grave (incauto acquisto): perché raramente il ladro si presenta come persona insospettabile. Sono gli acquirenti mediati coloro che in pratica traggono beneficio dal riconoscimento alla buona fede della forza di sanare anche il vizio di circolazione delle cose furtive.

15. Mentre la dottrina italiana (cfr. spec. Barassi, op. cit., II, 461 ss.), salvo qualche eccezione (v. Luzzatto, La compravendita², a cura di G. Persico, Torino 1961, 144), ha preso atto dell'innovazione ripetendo acriticamente le giustificazioni addotte nella relazione al progetto della Commissione reale (libro II, Roma 1937, 228 ss.), critiche e riserve sono state avanzate nella dottrina straniera. Già durante i lavori preparatori, l'innovazione era stata autorevolmente criticata dal Riezler, in Zeitschr. f. ausl. und intern. Privatrecht 1939, 56: egli rimproverò alla Commissione di riforma di non avere tenuto in nessun conto la considerazione che il rovescio della tutela del terzo acquirente di buona fede è una espropriazione del precedente proprietario, il quale non sempre riesce a trovare com-

penso adeguato nel diritto obbligatorio accordatogli contro l'alienante nella forma di una pretesa a titolo di ripetizione dell'indebito o di arricchimento senza causa o di risarcimento dei danni. Nella letteratura più recente la soluzione dell'art. 1153 è stata definita « troppo radicale » dello Zweigert (ibid. 1958, 11), e una censura particolarmente severa (ma esagerata) è stata formulata dal Hübner, op. cit., 42, il quale vede nell'art. 1153, con la sua illimitata protezione della sicurezza dinamica della circolazione dei beni, un tardo frutto delle filosofie di stampo volontaristico, dominate dal culto del dinamismo vitale, che stanno all'origine dell'ideologia fascista (favorevolmente, invece, si è espresso il Flume, riferito da Habscheid, in Arch. civ. Praxis 1958, 115).

Il legislatore italiano non può essere criticato, e nessuno degli autori citati gli rivolge questa critica, per avere soppresso la distinzione tra perdita involontaria e perdita volontaria del possesso, tradizionalmente assunta in funzione di una rigida separazione di un gruppo di ipotesi, nelle quali prevale l'interesse del proprietario alla conservazione del diritto, da un altro gruppo di ipotesi, nelle quali, invece, tale interesse è sacrificato all'opposto interesse del terzo di buona fede. Ben pochi oggi sono disposti a difendere tale distinzione, che il Segré giustamente definiva « ormai vieta ». Le osservazioni della relazione al progetto preliminare (riassunte nella relazione al codice unificato, n. 543) sull'irrazionalità della distinzione, sulle difficoltà della sua applicazione pratica, sugli intralci e i danni

che essa reca alla speditezza e alla sicurezza del commercio, sono giustissime, e anticipano alcuni motivi della critica che in epoca più recente si è diffusa anche in Germania.

Storicamente, come sappiamo, la distinzione è sorta sulla base dell'ordinamento processuale della rivendica mobiliare nell'antico diritto germanico. Caduto quell'ordinamento, i motivi con i quali via via si è tentato di giustificare il mantenimento della distinzione come criterio primario di soluzione del problema dell'acquisto a non domino delle cose mobili, si dimostrano facilmente prive di consistenza sia sul piano logico-razionale che sul piano strettamente dogmatico.

L'idea originaria che fonda l'irrivendicabilità delle cose non provenienti da furto su una « colpa contro se stesso » commessa dal proprietario, il quale ha incautamente affidato la cosa a una persona rivelatasi non degna di fiducia (<u>imputet sibi quod meliorem non elegerit</u>), implica in realtà una finzione di colpa. Il proprietario può essere caduto in errore scusabile sulle qualità personali di correttezza e di lealtà o sulla stessa identità della persona alla quale ha affidato la detenzione della cosa; può darsi, perfino, che fosse obbligato a consegnare la cosa, per es. in quanto erede gravato da un legato di usufrutto, o in virtù di un ordine di sequestro; e si pensi infine al c. d. deposito necessario. Ma la prova di circostanze del genere non giova al rivendicante per ottenere la restituzione della cosa. D'altra parte, può essere colpevole anche il comportamento del proprietario derubato o che ha smarrito la cosa, quando non si sia

curato di prendere le normali precauzioni contro simili eventi. Nondimeno, come nel caso di affidamento della cosa ad altri il rivendicante non è ammesso a provare l'assenza di colpa <u>in eligendo</u>, così nel caso di furto o di smarrimento non è tenuto a provare l'assenza di colpa <u>in custodiendo</u>. D'altra parte, non si spiega perché la colpa lieve (omissione dell'ordinaria diligenza) sia messa in conto al proprietario, mentre è irrilevante la colpa lieve del terzo acquirente.

Né più convincente è il travestimento moderno della medesima idea, che giustifica la perdita della proprietà in favore del terzo di buona fede non col criterio soggettivo della colpa, ma con un criterio di autoresponsabilità oggettiva, alla stregua del quale il proprietario deve sopportare il rischio dell'infedeltà di colui al quale affida la cosa (cfr. Eichler, <u>Die Rechtslehre vom Vertrauen</u>, Tübingen 1950, 93). Si evita così di cadere in una finzione di colpa, ma rimane ferma l'altra obiezione: non si comprende perché il principio dell'agire a proprio rischio sia applicato a danno del proprietario piuttosto che a danno del terzo acquirente. Si è tentato di rispondere osservando che il proprietario ha un potere di « dominare (controllare) il rischio » maggiore di quello di cui dispone l'acquirente. Il proprietario può esaminare con calma la persona alla quale intende affidare la cosa, soprassedendo alla conclusione del contratto (deposito, locazione, contratto d'opera, ecc.) fino a quando non abbia raccolto adeguate informazioni sulla correttezza, l'onestà, la meritevolezza di fiducia della controparte. Tale possibilità non ha, invece, l'acqui-

rente, interessato a una rapida conclusione dell'acquisto: se prendesse tempo per indagare sulle qualità dell'alienante, finirebbe il più delle volte col perdere l'affare (Müller-Erzbach, in vari scritti, e da ultimo nel volume Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948, 329; l'argomento si trova accennato già nei Motivi del primo progetto del BGB, vol. III, 344). Ma queste sono considerazioni fuori dalla realtà. Solo in una società primitiva, frammentata in piccoli nuclei sociali (villaggi), il singolo dispone di un potere di controllo sui consociati; non nella società moderna, e tanto meno in quella pluralistica attuale, concentrata in grandi agglomerati urbani, nella quale il principio della divisione del lavoro impone quotidianamente la necessità di affidare cose proprie ad altri senza alcuna possibilità di «prender tempo» per decidere se ci si possa o no fidare. D'altro lato, la teoria che fonda la distinzione tra perdita volontaria e perdita involontaria del possesso sul principio dell'agire a proprio rischio cade, in definitiva, in una petizione di principio: il rischio che il proprietario affronta quando affida la cosa ad altri, e del quale deve sopportare le conseguenze, è quello di perdere la proprietà. Così si scambia l'effetto della regola «possesso vale titolo» con la giustificazione di essa, e si finisce col dire che il proprietario corre l'alea del proprio agire perché questa è la volontà della legge.

Molto diffusa nella dottrina tedesca, ma ormai in via di progressiva svalutazione, è la teoria che pone a fondamento dell'acquisto delle cose mobili dal non titolare

il principio dell'apparenza di diritto (Rechtsscheinsprinzip) corretto dal principio della causalità (Veranlassungsprinzip), ossia l'apparenza di diritto qualificata da un nesso di causalità col comportamento del proprietario (cfr., da ultimo, Westermann, Sachenrecht[4], Karlsruhe 1960, 229 ss.). Ciò che giustifica l'acquisto del terzo di buona fede, secondo questa teoria, è il possesso dell'alienante, valutato come indice di titolarità del diritto, cioè appunto come fenomeno di apparenza di diritto; ma l'equiparazione della titolarità apparente alla titolarità effettiva, in favore del terzo acquirente, è giustificata solo in quanto l'apparenza sia stata causata da una condotta del titolare, consistente nello spossessamento volontario mediante consegna della cosa al non titolare.

Nel nostro ordinamento, il principio consensualistico, che governa il trasferimento della proprietà, preclude senz'altro la valutazione del possesso delle cose mobili come fonte di apparenza di diritto (cfr., da ultimo, Falzea, voce Apparenza, in Enc. dir., II, 687 s.). Ma se si prescinde da questo rilievo, pur sempre di ordine formale, e si passa a un diverso tipo di argomentazioni, collegate ai dati della realtà socio-economica, si deve soggiungere che in nessun ordinamento, nemmeno negli ordinamenti, come quello germanico, che attribuiscono alla traditio funzione traslativa della proprietà mobiliare, il possesso può essere considerato, per sé solo, come un fatto capace di segnalare la titolarità del diritto, e perciò forma tipica di manifestazione del diritto (cfr. Hübner, op. cit., 56 ss.; Giehl, in Arch. civ. Praxis 1962, 362 ss.). Una simile valutazione, ori-

ginariamente espressa nei termini processuali di una presunzione di proprietà collegata al possesso, risale a una società ormai lontana nel tempo, con un'economia ancora largamente di tipo curtense, formata da unità produttive per il consumo immediato, nella quale lo scarso sviluppo del principio della divisione del lavoro comportava una netta prevalenza della consegna a scopo di trasferimento della proprietà rispetto alla consegna effettuata in base a titoli non traslativi, qualificati dall'obbligo di restituzione. Solo in una società siffatta si può parlare di normale coincidenza del possesso delle cose mobili con la proprietà, non nella società moderna, nella quale il principio della divisione del lavoro e la necessità di espansione della produzione affidano al possesso una serie di funzioni che un tempo erano adempiute dalla proprietà. Per rendersene conto basti pensare, da un lato, alla frequenza dei rapporti che trasferiscono ad altri la detenzione di cose mobili a titolo di locazione, di contratto d'opera, di deposito ecc., dall'altro, all'imponente sviluppo del fenomeno della vendita a rate, con la quale il venditore si spoglia del possesso riservandosi la proprietà.

L'antico proverbio giuridico «dove hai riposto la tua fiducia, ivi devi cercarla», variamente elaborato dalle teorie ricordate, si rivela, dunque, inidoneo a giustificare la regola «possesso vale titolo». Nella stessa persona, alla quale si è affidato il proprietario, ha riposto la sua fiducia anche il terzo acquirente di buona fede, e nessuna di quelle teorie riesce a rispondere alla domanda: perché la legge tutela la fiducia del

terzo nell'acquisto della proprietà, piuttosto che la fiducia del proprietario nella restituzione della cosa; perché quest'ultimo, piuttosto che il primo, deve accontentarsi dell'azione personale contro l'alienante. E l'interrogativo è tanto più pressante dal momento che il prezzo del favore accordato all'acquirente è l'espropriazione del proprietario.

Da secoli ormai, sulle orme dei giusnaturalisti tedesco-olandesi del secolo XVII e poi della giurisprudenza francese del secolo dei lumi, la dottrina risponde: perché lo esige la sicurezza del commercio. Ma questo motivo politico è privo di ogni connessione non solo storica, ma anche logica col principio giuridico espresso nel proverbio «Hand wahre Hand» ovvero «dove hai lasciato la tua fiducia, ivi devi cercarla». La ratio del favor commercii è del tutto estranea a tale principio, e anzi, lungi dal conferire ad esso senso e valore, lo contraddice ponendo in questione il limite che esso comporta alla tutela dell'acquirente di buona fede. In realtà, quando si introduce la considerazione delle esigenze di sicurezza del commercio, si spostano i termini del problema. Nella distinzione tra perdita volontaria e perdita involontaria del possesso, raccomandata dall'autorità della tradizione, si è creduto di trovare un equo criterio di soluzione del conflitto tra proprietario e terzo acquirente, valutato come problema di giustizia distributiva. Dal punto di vista dell'interesse del commercio, invece, si prospetta un conflitto tra l'interesse individuale del proprietario e un interesse collettivo, e quindi un problema di ordinamento della proprietà pri-

vata, la cui soluzione in favore della sicurezza dinamica della circolazione dei beni assume il significato di un vincolo sociale della proprietà (cfr. Zweigert, loco cit., 15). Da questo punto di vista non ha alcun senso distinguere tra cose messe in circolazione da un ladro o da un ritrovatore disonesto e cose messe in circolazione da un detentore, che le aveva ricevute in consegna dal proprietario con l'obbligo di restituirle, oppure da un possessore che le aveva acquistate dal proprietario in base a un titolo invalido o inefficace. Ma, d'altra parte, occorre individuare i limiti, di altra natura, entro i quali il sacrificio del diritto del proprietario è richiesto e giustificato dall'interesse collettivo alla sicurezza e alla speditezza del commercio (contro la considerazione di tale interesse polemizzano a torto Lübtow, op. cit., 204 ss. e Hübner, op. cit., 77 ss., i quali non tengono sufficientemente conto dei compiti sociali del diritto privato).

Al legislatore italiano del 1942 si deve precisamente muovere la censura di non avere riconosciuto questi limiti. Nell'art. 1153 il legislatore ha soppresso l'eccezione relativa alle cose rubate o smarrite siccome « contraria alle esigenze di una larga e fiduciosa circolazione delle cose mobili » (cfr. la relazione al codice, n. 543), senza tradurre positivamente questo punto di vista in una normativa coerente, che separasse le ipotesi in cui quelle esigenze effettivamente si manifestano dalle altre alle quali rimangono estranee. Le cose qualificate dall'interesse collettivo alla sicurezza e alla speditezza della loro circolazione sono: a) le cose per loro natura

destinate alla circolazione, cioè il denaro e i titoli di credito, per i quali la tutela illimitata degli acquirenti di buona fede è una direttiva universalmente accolta e sancita in una norma autonoma (v. da noi l'articolo 1994 c.c.); b) le merci, cioè le cose mobili che formano oggetto di attività di scambio caratterizzata o dal luogo in cui si compie (luogo di vendita pubblica: asta pubblica, fiera o pubblico mercato) (43) o dalla professionalità della vendita, cioè dalla qualità di commerciante dell'alienante (« marchand vendant des choses pareilles », secondo l'esplicazione dell'art. 2280 del codice francese, e cfr. l'art. 709 cod. it. 1865) (44).

---

(43) Solo alle vendite all'asta pubblica è riconosciuto il privilegio di sanare la circolazione delle cose di provenienza furtiva nel diritto austriaco (salva la tutela dell'acquirente nel caso di acquisto da un commerciante: § 367 ABGB) e nel diritto tedesco (§ 935 BGB), mentre tale privilegio è riconosciuto anche alle fiere e ai pubblici mercati nel diritto francese (nella forma attenuata del diritto del compratore al rimborso del prezzo: art. 2280 cod. Nap.; analogamente l'art. 934 cod. civ. svizzero) e nel diritto inglese (nella forma più energica dell'esclusione assoluta della rivendica, eccettuato il caso che il ladro venga identificato e condannato: *Sale of Goods Act*, 1893, sect. 22 e 24). L'acquisto « in market overt » non è, invece, privilegiato nel diritto americano. A proposito del diritto inglese, si è osservato che « this is a curious survival from the days in which sales in open market were the only authorized means of disposing of goods » (E. Jenks, *The Book of English Law*, London 1932, 354; v. pure Lübtow, *op. cit.*, 232 e Hübner, *op. cit.*, 142). Ma nemmeno la norma restrittiva dei codici austriaco e tedesco va esente da critiche, dal momento che il privilegio non è limitato alle aste giudiziali (vendite *iussu iudicis*), bensì si estende alle aste stragiudiziali, le quali non sono vendite pubbliche in senso tecnico, ma vendite private al (migliore offerente tra il) pubblico. È un'illusione pensare, in questo caso, che l'asta, per il solo fatto che si svolge sotto il controllo della pubblica autorità (ridotto a una semplice autorizzazione amministrativa), offra migliori garanzie contro le vendite di cose furtive (cfr. Barassi, *op. cit.*, II, 465 s.).

Si osservi che, a differenza del diritto francese, il diritto inglese, almeno per la *City* di Londra, comprende nel concetto di « market overt » anche i luoghi privati di vendita aperti al pubblico (*shops* di qualsiasi specie: negozi, botteghe, empori, ecc.): cfr. Chalmers, *Sale of Goods Act* ecc., London 1963, 89.

(44) A parte l'art. 1153 del nostro codice, che non opera più alcuna distinzione e occupa perciò una posizione isolata nel diritto comparato, la riven-

Solo in queste ipotesi la buona fede dell'acquirente, per le circostanze obiettive alle quali si appoggia, è idonea a giustificare l'estinzione del precedente diritto di proprietà indipendentemente da ogni considerazione relativa al comportamento del proprietario.

Le altre ipotesi, invece, in cui con l'interesse del proprietario entra in conflitto soltanto l'interesse individuale dell'acquirente di buona fede, devono essere valutate a una stregua di giustizia distributiva, con la quale non si concilia la soluzione, oggi codificata, che spoglia il proprietario del suo diritto per il solo fatto che il terzo è di buona fede, quasi che la buona fede fosse per se stessa meritevole di premio. In quanto concorre in tali ipotesi a qualificare uno dei termini del conflitto di interessi che la norma è chiamata a risolvere, la buona fede non può essere, essa stessa, il criterio di soluzione. Quando il conflitto non investe l'interesse

---

dica delle cose rubate, nel caso di acquisto da un commerciante, è esclusa in modo assoluto solo dal diritto austriaco (indipendentemente dal luogo della vendita e purché le cose appartengano al genere abitualmente trattato dal venditore), e questa, a mio avviso, è la soluzione preferibile. Il codice francese e il codice svizzero ammettono la rivendica subordinatamente al diritto del compratore di buona fede al rimborso del prezzo. L'ammette senza condizione il codice tedesco, il quale prende in considerazione la qualità di commerciante del venditore solo se le cose alienate non sono di provenienza furtiva, nel qual caso è eccezionalmente tutelata anche la buona fede relativa al potere dell'alienante di disporre delle cose a lui affidate dal terzo proprietario. Analoga è la posizione del diritto inglese, in relazione alla vendita di cose altrui da parte di un «mercantile agent», che è in possesso delle cose «with the consent of the owner», purché la vendita sia fatta «in ordinary cours of business» (*Factors Act*, 1889, sect. 2). Questa norma è sostanzialmente riprodotta nel § 2-403 (2) del codice di commercio uniforme americano, già adottato in numerosi Stati USA, che definisce la qualità dell'alienante ispirandosi all'art. 2280 del codice francese («a merchant who deals in goods of that kind»).

In certi casi la professionalità dell'atto può venire in considerazione dalla parte dell'acquirente, come ad es. nel caso della legge 4 maggio 1898 già ricordata, relativa alle dazioni in pegno presso i Monti di Pietà.

istituzionale della circolazione giuridica dei beni, la giustizia distributiva vuole, in linea di massima, che sia salvaguardato al proprietario il diritto che già gli è stato attribuito: asseconda, cioè, il principio romano «ubi rem meam invenio ibi vindico», sancito nell'art. 948 c.c., del quale il legislatore del 1942, nel dettare l'articolo 1153, troppo disinvoltamente si è dimenticato. Nell'ambito di queste ipotesi la tutela della buona fede dovrebbe essere una concessione eccezionale al principio dell'apparenza di diritto, subordinata al duplice requisito dell'onerosità dell'acquisto e del collegamento obiettivo della buona fede a indici specifici di titolarità dell'alienante, imputabili a un comportamento del proprietario. La portata di questa concessione non può essere predeterminata rigidamente mediante la distinzione tra perdita volontaria e perdita involontaria del possesso, conservata, nei limiti delle ipotesi ora in esame, anche dal diritto austriaco. Il comportamento del proprietario che affida la cosa ad altri in uso o in custodia o in base ad altro titolo comportante l'obbligo di restituzione, oppure ne trasferisce ad altri il possesso in base a un titolo di alienazione viziato, non può essere considerato, per sé solo, ragione sufficiente di tutela del terzo acquirente, appunto perché il possesso materiale della cosa non è per sé idoneo a costituire una situazione di apparenza di diritto, ma solo in quanto sia accompagnato da altre circostanze, che non possono essere predeterminate in una rigida fattispecie normativa e la cui individuazione e valutazione, alla stregua di «standards» sociali, dovrebbero invece essere rimesse volta per volta al giudice mediante una «clausola generale».

In questo senso è orientata la soluzione del diritto inglese, il quale, più realisticamente del diritto francese e del diritto tedesco, riconosce che «mere possession is not conclusive of title». Fuori dai casi di acquisto «in market overt» o da un «mercatile agent» (v. sopra, nota 43), la cui disciplina speciale si fonda «on mercantile convenience», il diritto inglese ammette, in favore dei terzi acquirenti di buona fede e a titolo oneroso, la possibilità di deroghe al principio caveat emptor (formula evidentemente derivata dalla nota legge incivilem del codice giustinianeo) solo attraverso una clausola generale, che costituisce un'applicazione della estoppel-rule, principio affine a quello dell'apparenza di diritto elaborato dalla giurisprudenza continentale, e strettamente collegato all'idea dell'inammissibilità del «venire contra factum proprium» (cfr. Riezler, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912, 55 ss., 105 s.). Il compratore di buona fede rimane soggetto alla rivendica del proprietario, «unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell» (Sale of Goods Act, 1893, sect. 21) (45). Con questa clausola generale, la tutela del

(45) Salva la norma dell'«uniform commercial code», non di generale applicazione (v. nota precedente), il diritto americano, a differenza del diritto inglese, non ammette la tutela dei terzi acquirenti di buona fede se non caso per caso mediante la clausola dell'*estoppel*, senza distinguere ipotesi nelle quali la «convenienza del commercio» esige una tutela normativamente predeterminata. Questa posizione dell'ordinamento di una società altamente mercantile come quella nord-americana è scarsamente comprensibile per un giurista del vecchio continente (cfr. Zweigert, *loco cit.*, 10), e del resto nella dottrina d'oltre oceano non mancano autori i quali auspicano una maggiore considerazione delle esigenze di sicurezza del commercio mobiliare (v. per es. Cribbet, *Principles of the Law of Property*, Brooklyn 1962, 179).

terzo acquirente viene collegata a situazioni atipiche di apparenza del diritto costituite da speciali «circostanze» del possesso dell'alienante, da individuarsi caso per caso dal giudice e interpretabili come «indicia of title» o «indicia of ownership», la cui non rispondenza alla realtà il vero proprietario è impedito (estopped) dall'opporre al terzo di buona fede in quanto quei falsi indizi sono stati creati dal suo stesso comportamento (per es. ha consentito al locatario di scrivere la propria ditta sulla macchina affittata; per altri casi cfr. i riferimenti di Zweigert, loco cit., 8) (46).

§ 2. L'acquisto «a non domino» mediante usucapione.

16. Nella circolazione dei beni immobili non è ammesso in generale un acquisto a non domino immediato: la tutela del terzo acquirente di buona fede, munito di un titolo d'acquisto regolare e debitamente trascritto, si attua attraverso un'usucapione abbreviata (dieci anni, in luogo del termine ordinario di vent'anni (articolo 1159 c.c.).

Si è contestato (L. Ferri, La trascrizione degli acquisti mortis causa ecc., Milano 1951, 153 s.) che l'usucapione abbreviata degli immobili possa essere ricondotta nella categoria degli acquisti a non domino (per questa valutazione cfr. Betti, Teoria del negozio giur.[2], cit., 22; Sacco, La buona fede nella teoria dei fatti giuri-

(46) La regola è così parafrasata in *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, III, London 1928, 290: «But if the true owner by his conduct leads the innocent purchaser reasonably to believe that he (*scil.* il venditore) has a good title, he is estopped from disputing the purchaser's title».

dici ecc., Torino 1949, 187) e quindi collegata alla tutela della circolazione giuridica. Si è osservato che il requisito di durata del possesso non offre all'acquirente alcuna sicurezza, e che semmai questa sicurezza si determina, di riflesso, solo a favore dei successivi acquirenti. Scopo della norma sarebbe pur sempre quello e soltanto quello dell'usucapione prevista dall'art. 1158, cioè di fare in modo che, dopo un certo tempo, la situazione di diritto si adegui alla situazione di fatto pacificamente consolidatasi; in breve, lo scopo di adempiere l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

Ora che quest'ultima fosse la funzione dell'usucapio classica, mentre era ad essa estranea l'idea del favor commercii, è certo (v. retro, n. 7). Perciò l'usucapio classica si sviluppò come modo generale di acquisto mediante il possesso, applicabile non solo agli acquirenti a non domino ma anche agli acquirenti a domino (in base a un titolo di cui ignorassero i vizi), e perfino al possessore che avesse acquistato la cosa al di fuori di un rapporto di alienazione (titolo pro derelicto). Nel diritto moderno, per una evoluzione storica che non è qui il caso di esporre e che è stata determinata dall'interferenza dell'istituto bizantino della longissimi temporis praescriptio, la funzione di acclarare i rapporti giuridici, adeguando il diritto al fatto, è stata assunta dall'usucapione indipendentemente dai presupposti classici del giusto titolo e della buona fede del possessore (art. 1158). Ma l'usucapio classica rivive nell'art. 1159 con una nuova funzione (che si riflette anche sulla struttura della iusta causa, differenziandola dal concetto ro-

mano), precisamente con la funzione specifica di modo di acquisto a non domino, e quindi nei limiti di una fattispecie essenzialmente incentrata su un atto di alienazione posto in essere da una persona non proprietaria dell'immobile. L'usucapione abbreviata con giusto titolo (proveniente a non domino) concorre sì allo scopo politico generale dell'usucapione, attuandolo in un tempo più breve: ma appunto l'abbreviamento del termine risponde all'esigenza di tutela dei terzi acquirenti di buona fede, e soltanto in vista di questa esigenza è accordato dalla legge (47). Come l'art. 1153 supplisce alla mancanza di un sistema di pubblicità dei trasferimenti mobiliari, così l'art. 1159 tempera le conseguenze della difettosità del sistema di pubblicità (trascrizione) nella circolazione degli immobili, posto che i nostri registri immobiliari non sono forniti della c.d. pubblica fede, sulla base della quale, nel diverso sistema germanico dei libri fondiari, è possibile organizzare una tutela immediata dell'affidamento dei terzi fondato sulle risultanze del libro.

17. La diversità della tutela degli acquirenti a non domino, fondata sulla distinzione tra cose mobili e cose immobili, si giustifica razionalmente con l'opportunità di proporzionare l'energia e la prontezza della tutela alla diversa velocità di circolazione delle due catego-

---

(47) Questa valutazione (moderna) dell'usucapione che compete a coloro «qui bona fide a non domino acceperunt rem alienam titulo legitimo, quique ad transferendum dominium alias idoneus est», risale ai giusnaturalisti: cfr. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. IV, cap. VIII, § 5 (t. I, Lausannae et Genevae, 1744, 583), secondo il quale «introductum est autem hoc ius in favorem commerciorum humanorum».

rie di beni, e quindi alla maggiore o minore difficoltà di controllo della loro provenienza dal proprietario. Questo rilievo spiega l'esclusione dal dominio della regola «possesso vale titolo» dei mobili registrati e delle universalità di mobili (art. 1156), e l'assoggettamento di tali beni al medesimo sistema di protezione dei terzi acquirenti di buona fede predisposto per gli immobili (usucapione abbreviata decennale per le universalità di mobili: art. 1160, comma 2°; usucapione abbreviata triennale per i mobili registrati: art. 1162, comma 1°): appunto perché la loro velocità di circolazione è più vicina al ritmo di quella degli immobili che dei mobili comuni, sì che maggiore è per queste due speciali categorie di beni mobili la possibilità di accertamento del diritto dell'alienante (48).

Se, in linea generale, la tutela dei terzi acquirenti a non domino di beni immobili o mobili registrati resta affidata all'istituto dell'usucapione, in certe ipotesi il codice del 1942 ha introdotto un nuovo modo di acquisto a non domino, peculiare di questi beni, esso pure collegato al decorso del tempo (con termini però più brevi di quelli dell'usucapione), ma imperniato sulla pubblicità (trascrizione) del titolo dell'alienante anziché sul possesso dell'acquirente. Sono le ipotesi previste dagli artt. 2652 n. 6 e 2690 n. 3, nelle quali si presuppone che il non dominus abbia acquistato il bene dal dominus in base

(48) Non è una universalità di mobili (art. 816 c.c.) l'azienda (contro App. Firenze 27 febbraio 1948, in *Giur. it.* 1950, I, 2, 169, con mia nota; Cass. 12 gennaio 1950, n. 83, in *Giur. cass. civ.* 1950, I, 112). Tuttavia l'applicabilità ad essa dell'art. 1153 deve essere esclusa in via di argomento *a fortiori* dall'art. 1156, trattandosi di «una organizzazione unitaria ancora più complessa»: App. Catania 20 novembre 1953, *ibid.* 1955, I, 2, 198.

a un titolo nullo o annullabile, e che, nel secondo caso, manchino i requisiti di inopponibilità al terzo dell'annullamento ai sensi dell'art. 1445. Una norma analoga è prevista dall'art. 2652 n. 7 e 2690 n. 4 a favore dei terzi acquirenti dall'erede o dal legatario apparente, per i quali non operi la tutela immediata dell'art. 534.

Sezione III. – L'acquisto «a non domino» nella circolazione dei diritti di credito.

18. Posto che il criterio generale di protezione dei terzi acquirenti dal non titolare è costituito dal possesso di buona fede, che è una situazione di fatto configurabile soltanto in relazione al contenuto di un diritto reale, la tutela è di massima esclusa nella circolazione dei diritti di credito, salvi i casi speciali, già citati, nei quali il terzo acquirente è protetto indipendentemente dal possesso (artt. 534, 1415, 1445, ecc.). La disciplina della cessione dei crediti contiene bensì due norme ispirate all'interesse di sicurezza della circolazione, ma esse sono estranee al concetto di acquisto a non domino. La prima è dettata dall'art. 1260, comma 2°, c.c. e concerne l'ipotesi di cessione, ad opera del (vero) creditore, di un credito per il quale le parti hanno pattuito l'esclusione della cedibilità. Questo patto, a differenza dei patti limitativi dell'alienabilità del diritto di proprietà (art. 1379), ha efficacia reale, ossia è opponibile ai terzi. Sorge allora un problema analogo a quello dell'acquisto a non domino: e la legge lo risolve in favore dell'interesse alla protezione dell'affi-

damento dei terzi, disponendo che il patto è opponibile solo al cessionario di cui si provi la mala fede.

La seconda delle norme in discorso è stabilita dall'art. 1265 e riguarda l'ipotesi che il creditore ceda successivamente il suo credito a più persone. Di essa ci siamo già occupati insieme con la norma analoga dell'articolo 2644 in tema di alienazione a più persone della proprietà di un bene immobile o mobile registrato oppure di costituzione sul medesimo di diritti fra loro incompatibili. In questa ipotesi il problema dell'acquisto a non domino è non tanto risolto, bensì eliminato dalla particolare efficacia attribuita alla notificazione (o al suo equipollente, l'accettazione del debitore): tanto è vero che è irrilevante la buona o mala fede del secondo cessionario, segno sicuro, questo, che siamo fuori dalla categoria degli acquisti a non domino in senso tecnico.

Il diverso atteggiamento del legislatore di fronte al conflitto tra il titolare e il terzo acquirente dal non titolare nella circolazione dei diritti di credito, si spiega considerando anzitutto che il cedente deve necessariamente indicare il nome del debitore ceduto. Questa circostanza, congiunta con l'altra che i crediti (non incorporati in un titolo di credito) sono diritti a scarsa frequenza di circolazione e comunque a circolazione ristretta, attribuisce al cessionario una possibilità di controllo della legittimazione del cedente ben maggiore di quella di cui dispone l'acquirente di una cosa mobile. Tuttavia questo primo rilievo non è sufficiente. Non sempre il debitore è in grado di fornire a colui che intende acquistare il credito informazioni precise sull'iden-

tità del titolare del diritto. Può insorgere una situazione di apparenza di diritto idonea a trarre in inganno lo stesso debitore, tant'è che la legge tutela la buona fede del debitore che paga al creditore apparente, dandogli la preferenza nel conflitto di interessi col creditore vero. E dal momento che l'effetto previsto dall'art. 1189 c.c. è analogo a quello previsto dalle norme sull'acquisto a non domino (il debitore che esegue il pagamento in buona fede ottiene a non domino la liberazione dal vincolo, e il rovescio di questo effetto è, come nell'acquisto a non domino, la perdita del diritto da parte del vero titolare), la questione proposta si precisa in questi termini: perché l'apparenza della veste di creditore, mentre è presa in considerazione a favore del debitore che paga, non è presa in considerazione a favore di colui che acquista il credito dal creditore apparente, nemmeno limitatamente al caso di acquisto a titolo oneroso?

La prima ragione consiste nella maggiore urgenza di tutela del debitore: di fronte alla domanda di pagamento, avanzata dal creditore apparente, egli non può spingere oltre certi limiti il controllo della titolarità del credito senza esporsi al rischio di subire l'esecuzione forzata. Se non ci fosse l'art. 1189 c.c., il debitore si troverebbe tra Scilla e Cariddi: o pagare, correndo il rischio di pagare male e quindi di essere costretto a rinnovare il pagamento qualora risulti che l'accipiens non era il vero creditore; o soprassedere al pagamento, in attesa di sincerarsi sull'effettiva rispondenza dell'apparenza alla realtà, correndo il rischio di essere citato in giudizio senza la possibilità di controbattere effica-

cemente la prova prima facie della titolarità, che a favore dell'avversario emerge dalle circostanze univoche in base alle quali appare creditore.

L'altra ragione si coglie nel rilievo che, diversamente dall'ipotesi dell'art. 1189, dove non può trattarsi se non di un diritto di credito, il quale, sebbene non appartenga all'accipiens, tuttavia esiste, invece nella cessione di credito il cedente può apparire titolare non tanto di un diritto esistente, ma in realtà appartenente ad altri, quanto di un diritto che non esiste. Le due situazioni sono praticamente equivalenti (cfr. Ravà, Il titolo di credito nella teoria dell'acquisto dei diritti, Milano 1936, 143; Carnelutti, Teoria cambiaria, cit., 16), onde non sarebbe giustificata una soluzione normativa che proteggesse la buona fede del cessionario di un credito altrui, e invece rifiutasse la tutela al cessionario di un credito inesistente. Ammesso nella prima ipotesi che debba essere sacrificato l'interesse del vero creditore alla prestazione cui ha diritto, non si vede perché nella seconda ipotesi non dovrebbe ammettersi il sacrificio dell'interesse dello pseudodebitore ceduto a non eseguire una prestazione cui non è obbligato. Ma a questo punto dovrebbe essere chiara la gravità dell'ostacolo che, sul piano logico-dogmatico, si frappone a una soluzione generale, in favore del terzo cessionario di buona fede, del problema dell'acquisto a non domino dei diritti di credito. Tale soluzione implicherebbe il riconoscimento all'apparenza di diritto non solo di una rilevanza suppletiva del difetto di legittimazione dispositiva da parte dell'alienante, ma addirittura della

virtù di trasformare la cessione in un fatto costitutivo di obbligazione. Un'anomalia così grave il legislatore non è disposto ad ammettere fuori dall'ipotesi di cessione di un credito simulato, dove il cessionario è tratto in inganno da una titolarità apparente creata dallo stesso soggetto interessato a non eseguire la prestazione cui la cessione si riferisce, e della quale pertanto il (finto) debitore ceduto deve rispondere.

19. Le difficoltà di adattamento del regime della cessione ai bisogni della circolazione dei crediti nel mondo economico moderno hanno determinato lo sviluppo di uno strumento di circolazione diverso, tale da consentire l'assoggettamento della circolazione dei crediti alle regole dei diritti reali. Questo strumento è il titolo di credito, mediante il quale il credito viene per così dire materializzato in un documento (c.d. incorporazione) e perciò trasformato in un bene oggettivo autonomo. Attraverso l'incorporazione si crea una connessione permanente della titolarità del diritto di credito (c.d. diritto interno o diritto dal titolo) con la titolarità del diritto (reale) sul titolo (c.d. diritto esterno), cioè sul documento (cosa), così che il credito ottiene l'attitudine a circolare come se fosse una cosa.

In tal modo il problema dell'acquisto a non domino del credito, nei termini in cui si prospetta nell'ambito della cessione ordinaria, appare superato. L'acquisto a non domino di un titolo di credito (art. 1994 c.c.) è esclusivamente un fenomeno di acquisto, mediante il possesso, del diritto reale sul documento, non è che una ap-

plicazione della regola « possesso vale titolo » (articoli 1153 e 1157). E appunto l'applicabilità di questa regola è la caratteristica essenziale dei titoli di credito (cfr. Bigiavi, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1951, 441), quella che li distingue dai semplici documenti di legittimazione e dai titoli impropri (art. 2002). Affinché operi l'incorporazione, e quindi l'attrazione della circolazione del diritto di credito sotto il regime di circolazione dei diritti reali, è però necessario che la alienazione del titolo proceda secondo le forme speciali della circolazione cartolare, che sono poi le forme della legittimazione cartolare: e proprio per mettere in luce questa condizione è stata dettata la norma speciale dell'art. 1994 la quale integra, per titoli di credito, la norma generale dell'art. 1153. Tale condizione non ha pratica importanza per i titoli al portatore (la cui forma di circolazione si esaurisce nella semplice consegna del titolo: art. 2003, comma 1°), posto che la consegna della cosa è un requisito generale della regola « possesso vale titolo » (cfr. Cass. 6 maggio 1950, n. 1177, in Foro it. 1950, I, 1007). L'importanza pratica del peculiare requisito enunciato dall'art. 1994 (conformità della alienazione alle norme che disciplinano la circolazione del titolo) riguarda i titoli detti a legittimazione nominale, cioè i titoli all'ordine e i titoli nominativi. Il trasferimento di una cambiale nelle forme del diritto comune, cioè con un semplice atto di cessione non seguito da girata, produce gli effetti di una cessione del credito (art. 2015 c.c. e art. 25 l. camb.), restando esclusa ogni tutela del cessionario nel caso di cessione

a non domino (v. mia nota in Banca borsa tit. cred. 1957, II, 561).

Dal punto di vista del diritto obbligatorio incorporato nel documento, non vi è alcuna differenza tra l'acquisto del credito da parte del terzo possessore di buona fede, che acquista a non domino la proprietà del documento in virtù dell'art. 1994, e l'acquisto da parte di colui al quale il titolo è alienato a domino: in ambo i casi l'acquisto del diritto cartolare avviene in base all'acquisto della proprietà, cioè in maniera autonoma rispetto alla posizione del precedente creditore (precedente proprietario del titolo).

Si noti infine che, secondo la maggioranza della dottrina – che in tema di costituzione del diritto cartolare accoglie la « teoria della creazione » – la tutela dell'art. 1994 è invocabile dal terzo possessore di buona fede anche se il titolo sia entrato in circolazione contro la volontà del sottoscrittore, a cui il titolo sia stato rubato o sia andato smarrito prima dell'emissione (tale applicazione è invece contestata dalla « teoria dell'emissione », che ormai raccoglie pochi consensi). Ma nemmeno in questo caso si può parlare di acquisto di un credito inesistente, come fanno coloro che, per spiegare l'effetto acquisitivo del credito a favore del terzo di buona fede, ricorrono alla teoria dell'apparenza di diritto. La teoria della creazione, svolta rigorosamente, porta a negare non solo carattere contrattuale, ma addirittura carattere negoziale all'atto costitutivo del diritto di credito incorporato nel titolo (diritto cartolare). Non si tratta di un atto negoziale

(dichiarazione di volontà), bensì di un atto giuridico in senso stretto costituito dall'operazione della documentazione creativa del documento. La documentazione (creazione del documento) è presupposto sufficiente, oltre che necessario, per la costituzione dell'obbligazione cartolare, senza che occorra una dichiarazione diretta a portare a conoscenza di altri o comunque a rendere conoscibile il contenuto del documento. Beninteso, il rapporto obbligatorio diventa attuale solo in quanto il titolo esca dalle mani del sottoscrittore e nel momento in cui altri, in qualunque modo, ne acquisti la proprietà.

Capitolo III
LA QUALITA' DI « TERZO » NELL'ACQUIRENTE

Sezione I. – Acquisti collegati al possesso di buona fede.

1. Il concetto di acquisto a non domino implica nell'acquirente la qualità di « terzo » rispetto al dominus. In senso generale e assoluto, « terzo » è colui che non non è parte di un negozio giuridico, né del rapporto con esso costituito. In questo senso il dominus (chiunque egli sia) e l'acquirente a non domino sono terzi fra loro in quanto non sono parti del rapporto di alienazione di cui trattasi: il dominus è rimasto estraneo alla formazione del titolo di acquisto invocato dall'avversario, il quale non è avente causa da lui. In senso specifico e relativo, dato un rapporto tra A e B in ordine a un determinato bene, sono terzi rispetto ad A gli aventi causa (a titolo particolare) da B, e viceversa sono terzi rispetto a B gli aventi causa da A in ordine allo stesso bene.

Secondo il primo criterio si stabilisce la qualità di terzo dell'acquirente nelle fattispecie collegate all'istituto del possesso di buona fede: regola « possesso vale titolo » per i mobili comuni (art. 1153) da un lato, usucapione abbreviata con giusto titolo degli immobili (art. 1159), delle universalità di mobili (art. 1160 cpv.) e dei mobili registrati (art. 1162, comma 1°), dal-